



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 2015 Vol. 3

1^{er} cahier, 2015 Vol. 3

Cited as [2015] 3 S.C.R. 3-326

Renvoi [2015] 3 R.C.S. 3-326

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

Acting Chief Law Editor / Arrêviste en chef intérimaire
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 THÉRIAULT
GENEVIÈVE DOMEY	JOANNE NORMAN	RENÉE MARIA TREMBLAY
	IDA SMITH	

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

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

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

SUZANNE AUDET	Technical Revisors / Réviseurs techniques CHLOE MAGEE	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 3, 2015

3^e volume, 2015

CONTENTS

Guindon v. Canada 3

Constitutional law — Charter of Rights — Income tax — Penalty for misrepresentation — Individual assessed for penalties under s. 163.2 of Income Tax Act, which imposes monetary penalties on every person who makes false statement that could be used by another person for purpose of Act — Whether proceeding under s. 163.2 is criminal in nature or leads to imposition of true penal consequences — Whether individual assessed for penalties is person “charged with an offence” within meaning of s. 11 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 163.2.

Constitutional law — Courts — Procedure — Notice of constitutional question given to attorneys general in this Court but not in courts below — Whether this Court should exercise its discretion to address merits of constitutional issue — Tax Court of Canada Act, R.S.C. 1985, c. T-2, s. 19.2.

Chevron Corp. v. Yaiguaje 69

Private international law — Foreign judgments — Recognition — Enforcement — Foreign judgment creditor sought recognition and enforcement of foreign judgment in Ontario against U.S. foreign judgment debtor’s and Canadian seventh-level indirect subsidiary — Foreign judgment debtor served ex juris at U.S. head office — Subsidiary served in juris at place of business in Ontario — Whether a real and substantial connection must exist between defendant or dispute and Ontario for jurisdiction to be established — Whether Ontario courts have jurisdiction over foreign judgment debtor’s subsidiary when subsidiary is a third party to the judgment for which recognition and enforcement is sought.

Stuart Olson Dominion Construction Ltd. v. Structal Heavy Steel 127

Liens — Trusts — Relationship between lien and trust provisions in provincial legislation — By filing lien bond in court in order to vacate builder’s lien, has contractor satisfied its trust obligations with respect to subcontractors who have registered liens against land upon which construction work was being done? — The Builders’ Liens Act, C.C.S.M., c. B91, ss. 4(1), 4(3), 55(2), 66.

Continued on next page

SOMMAIRE

Guindon c. Canada 3

Droit constitutionnel — Charte des droits — Impôt sur le revenu — Pénalité pour faux énoncé — Cotisation établie à l’égard d’un particulier suivant l’art. 163.2 de la Loi de l’impôt sur le revenu, lequel rend passible d’une sanction pécuniaire toute personne qui fait un faux énoncé qu’un tiers pourrait utiliser dans le cadre de l’application de la Loi — La procédure qui découle de cet article est-elle de nature criminelle ou entraîne-t-elle de véritables conséquences pénales? — La personne qui se voit infliger une pénalité est-elle « inculpée » au sens de l’art. 11 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi de l’impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.), art. 163.2.

Droit constitutionnel — Tribunaux — Procédure — Avis de question constitutionnelle donné aux procureurs généraux dans l’instance devant la Cour, mais non dans les instances précédentes — Y a-t-il lieu que la Cour exerce le pouvoir discrétionnaire qui lui permet de connaître de la question constitutionnelle sur le fond? — Loi sur la Cour canadienne de l’impôt, L.R.C. 1985, c. T-2, art. 19.2.

Chevron Corp. c. Yaiguaje 69

Droit international privé — Jugements étrangers — Reconnaissance — Exécution — Demande de reconnaissance et d’exécution d’un jugement étranger présentée en Ontario par le créancier judiciaire à l’encontre du débiteur judiciaire américain et de sa filiale canadienne indirecte au septième degré — Signification ex juris de la demande au siège social du débiteur judiciaire aux États-Unis — Demande signifiée à la filiale à son établissement commercial en Ontario — L’établissement de la compétence du tribunal exige-t-il l’existence d’un lien réel et substantiel entre le défendeur ou le litige et l’Ontario? — Les tribunaux ontariens ont-ils compétence à l’égard de la filiale d’un débiteur en vertu d’un jugement étranger alors que cette filiale est une tierce partie au jugement dont on demande la reconnaissance et l’exécution?

Stuart Olson Dominion Construction Ltd. c. Structal Heavy Steel 127

Privilèges — Fiducies — Rapport entre les dispositions relatives aux privilèges et celles relatives aux obligations fiduciaires dans une loi provinciale — Est-ce que l’entrepreneur qui a déposé un cautionnement au tribunal afin d’annuler le privilège d’un constructeur s’est acquitté de ses obligations fiduciaires envers les sous-traitants qui ont enregistré des privilèges à l’égard du bien-fonds ayant fait l’objet de travaux de construction? — Loi sur le privilège du constructeur, C.P.L.M., c. B91, art. 4(1), 4(3), 55(2), 66.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Ontario (Energy Board) v. Ontario Power Generation Inc. 147

Public utilities — Electricity — Rate-setting decision by utilities regulator — Utility seeking to recover incurred or committed compensation costs in utility rates set by Ontario Energy Board — Whether Board bound to apply particular prudence test in evaluating utility costs — Whether Board's decision to disallow \$145 million in labour compensation costs related to utility's nuclear operations reasonable — Ontario Energy Board Act, 1998, S.O. 1998, c. 15, Sch. B, s. 78.1(5), (6).

Administrative law — Boards and tribunals — Appeals — Standing — Whether Ontario Energy Board acted improperly in pursuing appeal and in arguing in favour of reasonableness of its own decision — Whether Board attempted to use appeal to “bootstrap” its original decision by making additional arguments on appeal.

ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Utilities Commission) 219

Public utilities — Gas — Electricity — Rate-setting decision by utilities regulator — Utilities seeking to recover pension costs in utility rates set by Alberta Utilities Commission — Whether regulatory framework prescribes certain methodology in assessing whether costs are prudent — Whether Commission's interpretation and exercise of its rate-setting authority was reasonable — Electric Utilities Act, S.A. 2003, c. E-5.1, ss. 102, 121, 122 — Gas Utilities Act, R.S.A. 2000, c. G-5, s. 36.

Goodwin v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) 250

Constitutional law — Division of powers — Criminal law — Property and civil rights — Highways — Impaired driving — Provincial legislation creating automatic licence suspensions, penalties and remedial programs following roadside analysis using approved screening device — Whether automatic roadside prohibition scheme ultra

SOMMAIRE (Suite)

Ontario (Commission de l'énergie) c. Ontario Power Generation Inc. 147

Services publics — Électricité — Décision d'un organisme de réglementation des services publics relative- ment à l'établissement de tarifs — Demande d'un service public en vue d'obtenir le recouvrement de dépenses de rémunération faites ou convenues grâce aux tarifs établis par la Commission de l'énergie de l'Ontario — La Commission avait-elle l'obligation d'employer une méthode particulière axée sur la prudence pour apprécier les dépenses du service public? — Le refus de la Commission d'approuver 145 millions de dollars au titre des dépenses de rémunération liées aux installations nucléaires du service public était-il raisonnable? — Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario, L.O. 1998, c. 15, ann. B, art. 78.1(5), (6).

Droit administratif — Organismes et tribunaux adminis- tratifs — Appels — Qualité pour agir — La Commission de l'énergie de l'Ontario a-t-elle agi de manière inappropriée en se pourvoyant en appel et en faisant valoir le caractère raisonnable de sa propre décision? — A-t-elle tenté de se servir de l'appel pour « s'auto-justifier » en formulant de nouveaux arguments à l'appui de sa déci- sion initiale?

ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Utilities Commission) 219

Services publics — Gaz — Électricité — Décision d'un organisme de réglementation des services publics relative- ment à l'établissement des tarifs — Demande de services publics en vue de recouvrer certaines charges de retraite grâce aux tarifs établis par l'Alberta Utilities Commis- sion — Le régime réglementaire impose-t-il une méthode en particulier pour apprécier le caractère prudent des dépenses? — L'interprétation par la Commission de son pouvoir en matière d'établissement des tarifs et l'exercice de ce pouvoir étaient-ils raisonnables? — Electric Utilities Act, S.A. 2003, c. E-5.1, art. 102, 121, 122 — Gas Utili- ties Act, R.S.A. 2000, c. G-5, art. 36.

Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) 250

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Droit criminel — Propriété et droits civils — Voies publiques — Conduite avec facultés affaiblies — Loi provinciale prévoyant des suspensions automatiques du permis de conduire, des sanctions et des programmes correctifs à la suite d'une analyse faite lors d'un contrôle routier à

Continued on next page

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

vires the province as being exclusively within federal government's criminal law power — Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(13) — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318.

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Search and seizure — Impaired driving — Provincial legislation creating automatic licence suspensions, penalties and remedial programs following roadside analysis using approved screening device — Whether automatic roadside prohibition regime creates an offence within meaning of s. 11 of Charter and infringes the presumption of innocence — Whether automatic roadside prohibition scheme infringes right to be secure against unreasonable search or seizure — If so, whether infringement can be justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8, 11(d) — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318.

Wilson v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) 300

Administrative law — Judicial review — Superintendent of Motor Vehicles — Automatic roadside driving prohibition regulatory regime — Peace officer issued Notice to driver imposing immediate driving prohibition after roadside breath sample obtained — Driver applied to Superintendent for review of driving prohibition — Whether peace officer entitled to rely on results of approved screening device used to collect breath samples to impose driving prohibition or whether other confirmatory evidence required — Whether Superintendent's interpretation of statutory provision imposing immediate driving prohibition was reasonable — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318, ss. 215.41(3.1), 215.5.

R. v. M.J.B. 321

Criminal law — Sexual assault — Evidence — Court of Appeal correct in finding that trial judge's verdict reasonable and supported by evidence.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

l'aide d'un appareil de détection approuvé — Le régime d'interdiction automatique de conduire outrepassé-t-il la compétence de la province parce qu'il relève exclusivement de la compétence du gouvernement fédéral en matière de droit criminel? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(13) — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Fouilles, perquisitions et saisies — Conduite avec facultés affaiblies — Loi provinciale prévoyant des suspensions automatiques du permis de conduire, des sanctions et des programmes correctifs à la suite d'une analyse faite lors d'un contrôle routier à l'aide d'un appareil de détection approuvé — Le régime d'interdiction automatique de conduire crée-t-il une infraction visée par l'art. 11 de la Charte et porte-t-il atteinte à la présomption d'innocence? — Le régime d'interdiction automatique de conduire porte-t-il atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8, 11(d) — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318.

Wilson c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) 300

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Surintendant des véhicules automobiles — Régime réglementaire d'interdiction automatique de conduire — Signification par un agent de la paix d'une interdiction immédiate de conduire après l'obtention d'un échantillon d'haleine lors d'un contrôle routier — Demande de réexamen de l'interdiction de conduire présentée par le conducteur au Surintendant — L'agent de la paix pouvait-il se fonder sur les résultats d'un appareil de détection approuvé utilisé pour prélever des échantillons d'haleine afin de signifier une interdiction de conduire ou faut-il d'autres éléments de preuve confirmant l'affaiblissement de la capacité de conduire? — L'interprétation qu'a faite le Surintendant de la disposition législative imposant l'interdiction immédiate de conduire était-elle raisonnable? — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318, art. 215.41(3.1), 215.5.

R. c. M.J.B. 321

Droit criminel — Agression sexuelle — Preuve — Conclusion justifiée de la part de la Cour d'appel portant que le verdict du juge du procès était raisonnable et appuyé par la preuve.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Neville 323

Criminal law — Jurors — Deliberations — Accused convicted of second degree murder and attempted murder — Majority of Court of Appeal erred in concluding that trial judge’s failure to clarify intent question raised by jury did not result in error — Verdicts set aside and new trial ordered.

R. v. Riar 325

Criminal law — Evidence — Assessment — Accused convicted of importation and possession for purpose of trafficking of controlled drug — Trial judge erred in mischaracterizing accused’s defence and in assessing accused’s evidence and credibility — Errors deprived accused of fair trial and caused miscarriage of justice.

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Neville 323

Droit criminel — Jurés — Délibérations — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré et de tentative de meurtre — Conclusion erronée de la majorité de la Cour d’appel portant que l’omission du juge du procès d’obtenir des précisions sur la question du jury relativement à l’intention n’avait pas entraîné d’erreur — Verdicts écartés et nouveau procès ordonné.

R. c. Riar 325

Droit criminel — Preuve — Appréciation — Accusé déclaré coupable d’importation d’une drogue désignée et de possession de cette substance en vue d’en faire le trafic — Erreur commise par le juge du procès dans la qualification de la défense invoquée par l’accusé et dans l’appréciation du témoignage et de la crédibilité de ce dernier — Erreurs ayant privé l’accusé d’un procès équitable et entraîné une erreur judiciaire.

Julie Guindon *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,
Attorney General of Quebec,
Chartered Professional Accountants Canada
and Canadian Constitution
Foundation** *Interveners*

INDEXED AS: GUINDON v. CANADA

2015 SCC 41

File No.: 35519.

2014: December 5; 2015: July 31.

Present: Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver,
Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Income tax — Penalty for misrepresentation — Individual assessed for penalties under s. 163.2 of Income Tax Act, which imposes monetary penalties on every person who makes false statement that could be used by another person for purpose of Act — Whether proceeding under s. 163.2 is criminal in nature or leads to imposition of true penal consequences — Whether individual assessed for penalties is person “charged with an offence” within meaning of s. 11 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 163.2.

Constitutional law — Courts — Procedure — Notice of constitutional question given to attorneys general in this Court but not in courts below — Whether this Court should exercise its discretion to address merits of constitutional issue — Tax Court of Canada Act, R.S.C. 1985, c. T-2, s. 19.2.

Julie Guindon *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Procureur général de l’Ontario,
procureure générale du Québec,
Comptables professionnels agréés du Canada
et Canadian Constitution
Foundation** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : GUINDON c. CANADA

2015 CSC 41

N° du greffe : 35519.

2014 : 5 décembre; 2015 : 31 juillet.

Présents : Les juges Abella, Rothstein, Cromwell,
Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Impôt sur le revenu — Pénalité pour faux énoncé — Cotisation établie à l’égard d’un particulier suivant l’art. 163.2 de la Loi de l’impôt sur le revenu, lequel rend passible d’une sanction pécuniaire toute personne qui fait un faux énoncé qu’un tiers pourrait utiliser dans le cadre de l’application de la Loi — La procédure qui découle de cet article est-elle de nature criminelle ou entraîne-t-elle de véritables conséquences pénales? — La personne qui se voit infliger une pénalité est-elle « inculpée » au sens de l’art. 11 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi de l’impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.), art. 163.2.

Droit constitutionnel — Tribunaux — Procédure — Avis de question constitutionnelle donné aux procureurs généraux dans l’instance devant la Cour, mais non dans les instances précédentes — Y a-t-il lieu que la Cour exerce le pouvoir discrétionnaire qui lui permet de connaître de la question constitutionnelle sur le fond? — Loi sur la Cour canadienne de l’impôt, L.R.C. 1985, c. T-2, art. 19.2.

The Minister of National Revenue assessed G for penalties under s. 163.2 of the *Income Tax Act* for statements she made in donation receipts issued on behalf of a charity, which she knew or would reasonably be expected to have known could be used by taxpayers to claim an unwarranted tax credit. G appealed the Minister's assessment to the Tax Court of Canada. In her oral submissions, she argued that the penalties imposed under s. 163.2 are criminal and that she is therefore a person "charged with an offence" who is entitled to the procedural safeguards of s. 11 of the *Charter*. In her notice of appeal, however, she did not raise any *Charter* issue and did not provide notice of a constitutional question to the attorneys general as required by s. 19.2 of the *Tax Court of Canada Act*. The Tax Court accepted G's argument and vacated the penalty assessment. The Federal Court of Appeal set aside that decision and restored the assessment against G.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Rothstein, Cromwell, Moldaver and Gascon JJ.: This Court has a well-established discretion, albeit one that is narrow and should be exercised sparingly, to address the merits of a constitutional issue when proper notice of constitutional question has been given in this Court, even though the issue was not properly raised in the courts below. That discretion should be exercised taking into account all of the circumstances, including the state of the record, fairness to all parties, the importance of having the issue resolved by this Court, its suitability for decision and the broader interests of the administration of justice. The burden is on the appellant to persuade the Court that in light of all of the circumstances, it should exercise its discretion.

This is a case in which this Court's discretion ought to be exercised. The issue raised is important to the administration of the *Income Tax Act* and it is in the public interest to decide it. All attorneys general were given notice of constitutional question in this Court. Two intervened, the attorneys general of Ontario and Quebec. No provincial or territorial attorney general suggested that he or she was deprived of the opportunity to adduce evidence or was prejudiced in any other way. No one has suggested that any additional evidence is required, let alone requested permission to supplement the record. The attorneys general of Ontario and of Quebec addressed the merits of the constitutional argument. This Court also has the benefit of fully developed reasons for judgment on the constitutional point in both of the courts below. Finally, there was no deliberate flouting of

Sur le fondement de l'art. 163.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le ministre du Revenu national a infligé à G une pénalité pour les reçus de dons à un organisme de bienfaisance qu'elle avait délivrés alors qu'elle savait ou aurait dû raisonnablement savoir qu'ils pourraient être utilisés par des contribuables pour obtenir un crédit d'impôt injustifié. G a interjeté appel de la cotisation établie par le ministre en Cour canadienne de l'impôt. Dans sa plaidoirie orale, elle a fait valoir que la pénalité fondée sur l'art. 163.2 était de nature criminelle, ce qui faisait d'elle une « inculpé[e] » ayant droit aux garanties procédurales de l'art. 11 de la *Charte*. Dans son avis d'appel, elle n'avait pas soulevé de question relative à la *Charte*, et nul avis de question constitutionnelle n'avait été signifié aux procureurs généraux comme l'exigeait l'art. 19.2 de la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*. La Cour de l'impôt a fait droit à la thèse de G et a annulé la pénalité. La Cour d'appel fédérale a écarté cette décision et rétabli la cotisation.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Rothstein, Cromwell, Moldaver et Gascon : La Cour possède un pouvoir discrétionnaire bien établi — quoique de portée limitée et devant être exercé avec modération — qui lui permet d'examiner une question constitutionnelle au fond lorsque l'avis requis est donné au stade du pourvoi, même si la question n'a pas été régulièrement soulevée devant les juridictions inférieures. Il y a lieu d'exercer ce pouvoir compte tenu de l'ensemble des circonstances, dont la teneur du dossier, l'équité envers toutes les parties, l'importance que la question soit résolue par la Cour, le fait que l'affaire se prête à une décision et les intérêts de l'administration de la justice en général. Il incombe à l'appellant de convaincre la Cour de l'opportunité, au vu de toutes les circonstances, d'exercer ce pouvoir discrétionnaire.

Il s'agit en l'espèce d'un cas où il convient que la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire. La question soulevée importe pour l'administration de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et le public a intérêt à ce qu'elle soit tranchée. Les procureurs généraux ont tous reçu un avis de question constitutionnelle pour les besoins du pourvoi. Deux d'entre eux sont intervenus, soit ceux de l'Ontario et du Québec. Nul procureur général d'une province ou d'un territoire n'a laissé entendre qu'il avait été privé de la possibilité de produire des éléments de preuve ou qu'il avait subi quelque autre préjudice. Nul n'a soutenu qu'une preuve supplémentaire s'imposait, sans compter qu'aucune demande d'autorisation d'étoffer la preuve n'a été présentée. Les procureurs généraux de l'Ontario et du Québec se sont exprimés sur le bien-fondé de l'argument constitutionnel. La Cour dispose en outre des

the notice requirement: G had advanced an arguable, although not ultimately successful, position that notice was not required in the circumstances of this case.

As for the merits, or the constitutional issue itself, it should be decided in favour of the respondent. Proceedings under s. 163.2 of the *Income Tax Act* are of an administrative nature. They are not criminal in nature and do not lead to the imposition of true penal consequences. Therefore, G is not a person “charged with an offence” and accordingly, the protections under s. 11 of the *Charter* do not apply.

A proceeding is criminal in nature when it is aimed at promoting public order and welfare within a public sphere of activity. Proceedings of an administrative nature, on the other hand, are primarily intended to maintain compliance or to regulate conduct within a limited sphere of activity. The focus of the inquiry is not on the nature of the act which is the subject of the proceedings, but on the nature of the proceedings themselves, taking into account their purpose as well as their procedure.

The purpose of the proceedings in issue is to promote honesty and deter gross negligence, or worse, on the part of the preparers. Enacted in 2000, s. 163.2 contains two administrative penalties: the “planner penalty” in subs. (2) and the “preparer penalty” in subs. (4). The planner penalty is not at issue in this appeal. The preparer penalty is intended to apply when an individual has made, participated in, assented to, or acquiesced in the making of a false statement. The preparer penalty is narrow: the false statement must be made knowingly or in circumstances amounting to culpable conduct. Culpable conduct is defined in s. 163.2(1) as “conduct, whether an act or a failure to act, that (a) is tantamount to intentional conduct; (b) shows an indifference as to whether [the *Income Tax Act*] is complied with; or (c) shows a wilful, reckless or wanton disregard of the law”. While there has been debate as to the scope of “culpable conduct”, the standard must be at least as high as gross negligence. The third party penalties are meant to capture serious conduct, not ordinary negligence or simple mistakes on the part of a tax preparer or planner.

motifs de jugement détaillés des deux juridictions inférieures sur la question constitutionnelle. Enfin, il n’y a pas eu méconnaissance délibérée de l’exigence d’un avis : G a défendu, quoiqu’en vain, la thèse soutenable que l’avis n’était pas requis dans les circonstances de l’espèce.

Quant à la question de fond, à savoir la question constitutionnelle comme telle, il y a lieu de la trancher en faveur de l’intimé. Les procédures découlant de l’application de l’art. 163.2 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* sont de nature administrative. Elles ne sont pas de nature criminelle, et nulle véritable conséquence pénale n’en résulte. G n’est donc pas une « inculpé[e] » au sens de l’art. 11 de la *Charte*, de sorte qu’elle ne bénéficie pas des protections que garantit cette disposition.

Une procédure est de nature criminelle lorsqu’elle vise à promouvoir l’ordre et le bien-être publics dans une sphère d’activité publique. Par contre, une procédure est de nature administrative lorsqu’elle vise principalement l’observation de règles ou la réglementation de la conduite dans une sphère d’activité délimitée. Il ne faut pas s’attacher à la nature de l’acte qui est à l’origine de la procédure, mais bien à la nature de la procédure comme telle, compte tenu de son objectif et de ses modalités.

L’objectif de la procédure en cause est de promouvoir l’honnêteté des spécialistes en déclarations et de les dissuader de commettre une faute lourde ou un acte encore plus grave. Édité en 2000, l’art. 163.2 prévoit deux sanctions administratives, l’une infligée au planificateur (par. (2)), l’autre au spécialiste en déclarations (par. (4)). La « pénalité du planificateur » n’est pas en cause en l’espèce. La « pénalité du spécialiste en déclarations » est censée s’appliquer lorsqu’une personne a fait un faux énoncé ou a participé, consenti ou acquiescé à un faux énoncé fait par une autre personne. Son champ d’application est restreint : le faux énoncé doit avoir été fait sciemment ou dans des circonstances équivalant à une conduite coupable, laquelle est définie au par. 163.2(1) comme étant « [c]onduite — action ou défaut d’agir — qui, selon le cas [. . .] a) équivaut à une conduite intentionnelle; b) montre une indifférence quant à l’observation de la [*Loi de l’impôt sur le revenu*]; c) montre une insouciance délibérée, déréglée ou téméraire à l’égard de la loi ». Bien que la portée de la définition de « conduite coupable » soit objet de débats, la norme appliquée doit être au moins aussi stricte que pour la faute lourde. La pénalité infligée au tiers vise à sanctionner une conduite grave, mais non la négligence ordinaire ou la simple erreur du spécialiste en déclarations ou du planificateur.

With respect to the process itself, the analysis is concerned with the extent to which it bears the traditional hallmarks of a criminal proceeding. Here, the Canada Revenue Agency auditors conduct a penalty audit, advise the preparer or planner in writing of the audit, and consider any representation that the individual chooses to make before imposing the penalty. This administrative process can be contrasted with the process which applies to criminal offences. No one is charged. No information is laid against anyone. No one is arrested. No one is summoned to appear before a court of criminal jurisdiction. No criminal record will result from the proceedings. At worst, once the administrative proceeding is complete and all appeals are exhausted, if the penalty is upheld and the person liable to pay still refuses to do so, he or she risks being forced to pay by way of a civil action.

In addition to not being criminal in nature, the process under s. 163.2 of the *Income Tax Act* does not lead to the imposition of any “true penal consequence”. A true penal consequence is imprisonment or a fine which, having regard to its magnitude and other relevant factors, is imposed to redress the wrong done to society at large rather than simply to secure compliance. A monetary penalty may or may not be a true penal consequence. It will be so when it is, in purpose or effect, punitive. Whether this is the case is assessed by looking at considerations such as the magnitude of the fine, to whom it is paid, whether its magnitude is determined by regulatory considerations rather than principles of criminal sentencing, and whether stigma is associated with the penalty.

In this case, the penalties assessed against G do not impose a true penal consequence — the magnitude reflects the objective of deterring conduct of the type she engaged in. The Tax Court found that G wrote and endorsed a legal opinion that she knew was flawed and misleading: in the opinion, she stated that she had reviewed supporting material which had in fact never been provided to her. Later, when she signed donation receipts for charity, she chose to rely on her own legal opinion which she knew to be incomplete. In short, the Tax Court found that G’s conduct was indicative either of complete disregard of the law and whether it was complied with or not or of wilful blindness.

En ce qui a trait au processus comme tel, la question est celle de savoir dans quelle mesure il présente les caractéristiques habituelles d’une procédure criminelle. Les vérificateurs de l’Agence du revenu du Canada effectuent une vérification, en informent par écrit le spécialiste en déclarations ou le planificateur et examinent toute observation de ce dernier avant de recommander l’imposition d’une pénalité. La comparaison de ce processus administratif avec le processus que prévoit la *Loi de l’impôt sur le revenu* pour une infraction criminelle révèle de nettes différences. Personne n’est inculpé. Aucune dénonciation n’est déposée contre qui que ce soit. Nul n’est arrêté. Personne n’est sommé de comparaître devant une cour de juridiction pénale. Aucun casier judiciaire n’en résulte. Au pire des cas, une fois la procédure administrative et les appels épuisés, si la pénalité est maintenue et que la personne redevable refuse toujours de payer, cette dernière risque d’être contrainte civilement de le faire.

Non seulement la procédure découlant de l’art. 163.2 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* n’est pas de nature criminelle, mais elle n’entraîne aucune « véritable conséquence pénale ». La véritable conséquence pénale s’entend de la peine d’emprisonnement ou de l’amende qui, compte tenu de son importance et d’autres considérations pertinentes, est infligée dans le but de réparer le tort causé à la société en général plutôt que d’assurer l’observation de la loi. Une sanction pécuniaire peut ou non constituer une véritable conséquence pénale. C’est le cas lorsque, par son objet ou son effet, elle est punitive. Pour le savoir, il faut tenir compte de choses comme le montant de l’amende, son destinataire, le fait que son importance tient à des considérations réglementaires plutôt qu’à des principes de détermination de la peine en matière criminelle, et le fait que la sanction stigmatise ou non.

En l’espèce, la pénalité infligée à G ne constitue pas une véritable conséquence pénale, car son montant élevé reflète l’objectif de décourager des actes comme ceux qui ont été accomplis. La Cour de l’impôt a conclu que G avait rédigé et signé une opinion juridique qu’elle savait lacunaire et trompeuse en ce qu’elle y affirmait avoir examiné des documents à l’appui qui, en réalité, ne lui avaient jamais été remis. Plus tard, lorsqu’elle a signé les reçus de dons pour l’organisme de bienfaisance, elle a décidé de se fier à sa propre opinion juridique qu’elle savait incomplète. En bref, la Cour de l’impôt a conclu que la conduite de G témoignait d’une indifférence totale à l’égard de la loi et de la question de savoir si celle-ci était respectée ou non, ou d’un aveuglement volontaire.

Per Abella, Karakatsanis and Wagner JJ.: There is no ambiguity in the text of s. 19.2 of the *Tax Court of Canada Act*. It explicitly states that the court shall not adjudge a law to be invalid, inapplicable or inoperative unless the notice requirements are satisfied. Because G failed to satisfy those requirements, the Tax Court judge was not entitled to deal with the constitutional issue. This Court, however, has the discretion to entertain new issues. The question in this case, therefore, is how that discretion should be exercised when the new issue raised is a constitutional one which was subject to a mandatory notice requirement in the court or tribunal of first instance. The existence of such a notice requirement argues for the discretion being a very narrow one which should only sparingly be exercised to avoid the practice and perception that such mandatory provisions can be circumvented by raising constitutional arguments as new issues and giving notice for the first time in this Court.

As this Court explained in *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, provisions that require litigants to file notice of a constitutional question serve two central purposes: extending a full opportunity to governments to defend their legislation and ensuring that an evidentiary record that is the result of thorough examination is before the court.

Eaton remains the only case in which this Court has explicitly and fully considered the policy and evidentiary consequences of the failure to give the requisite notice of a constitutional issue in the court or tribunal where it was required. With the exception of cases where *de facto* notice was given or the Attorneys General consented to proceeding in the absence of notice, the Court concluded that such notice provisions were mandatory and failure to give the notice invalidates a decision made in its absence. There was, the Court held, no need to show actual prejudice since absence of notice is in itself prejudicial to the public interest. Prejudice is assumed from the failure to give notice since it means that a party entitled to make representations has been denied the opportunity to do so.

In *Eaton*, this Court declined to hear the constitutional issue because the required notice had not been given in previous proceedings. There is no suggestion in any subsequent decision of this Court that the notice issue was wrongly decided in *Eaton*. As a result, as *Eaton* directs,

Les juges Abella, Karakatsanis et Wagner : Le texte de l'art. 19.2 de la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt* est sans équivoque. Il prévoit explicitement qu'une loi ne peut être déclarée invalide, inapplicable ou sans effet que s'il a été satisfait à l'exigence d'un avis. Comme G n'a pas satisfait à cette exigence, le juge de la Cour de l'impôt n'avait pas compétence pour entreprendre l'étude de la question constitutionnelle. La Cour possède toutefois un pouvoir discrétionnaire qui lui permet d'entendre de nouvelles questions. Il s'agit donc en l'espèce de déterminer comment ce pouvoir doit être exercé lorsque la nouvelle question soulevée est de nature constitutionnelle et qu'elle exige la signification d'un avis en première instance. L'exigence d'un avis appuie la thèse de l'existence d'un pouvoir discrétionnaire très limité que la Cour doit exercer avec circonspection afin d'éviter que ne se généralise le contournement de dispositions obligatoires — ou l'impression que l'on peut les contourner — par la formulation d'arguments constitutionnels qualifiés de questions nouvelles et la signification d'un premier avis devant la Cour.

Dans l'arrêt *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, notre Cour a expliqué que la disposition qui exige d'un plaideur qu'il dépose un avis de question constitutionnelle a deux objectifs principaux : donner aux gouvernements une occasion véritable de défendre la validité de leurs lois et faire en sorte que le tribunal dispose d'un dossier de preuve complet qui résulte d'un examen en profondeur.

L'arrêt *Eaton* demeure le seul arrêt dans lequel la Cour a examiné de manière explicite et approfondie les conséquences sur le plan de la politique générale et de la preuve de l'omission de donner l'avis de question constitutionnelle requis devant la juridiction qui l'exige. Sauf les cas dans lesquels l'avis a été donné *de facto* ou les procureurs généraux ont consenti à l'examen de la question malgré l'absence d'avis, la Cour a estimé que la disposition en cause impose une obligation et que l'omission de donner l'avis invalide la décision rendue en son absence. Elle a ajouté qu'il n'est pas nécessaire de prouver l'existence d'un préjudice puisque l'absence d'avis est préjudiciable en soi à l'intérêt public. L'omission de donner l'avis fait présumer le préjudice car elle empêche une partie qui y a droit de faire valoir son point de vue.

Dans l'arrêt *Eaton*, la Cour a refusé d'entreprendre l'étude de la question constitutionnelle parce que l'avis requis n'avait pas été donné dans les instances antérieures. Aucun autre arrêt ultérieur de la Cour ne permet de conclure que la question de l'avis a fait l'objet d'une

the mandatory language of s. 19.2 of the *Tax Court of Canada Act* and its underlying policy rationales support the conclusion that this Court should not, absent exceptional circumstances, adjudicate the constitutionality of s. 163.2 of the *Income Tax Act* in the absence of notice in the Tax Court.

Notice provisions play a particularly crucial role in *Charter* litigation, where, if an applicant successfully establishes a violation of an enumerated right, the burden shifts to the government to demonstrate on a balance of probabilities that the legislation in question is justified under s. 1 of the *Charter*. Notice provisions therefore protect the public interest by giving Attorneys General an opportunity to present evidence so that a court can assess the constitutionality of the law fully and fairly. Bypassing this crucial evidentiary step in a first instance forum where the evidence can be properly tested and challenged, erodes not only the credibility of the outcome, but also public confidence that *Charter* compliance will be robustly reviewed. And notice is essential not just for the Attorney General whose legislation is being challenged, but also for the other Attorneys General whose legislation may be incidentally affected by the outcome of the case and who, as a result, may wish to intervene. Prejudice to the public is presumed from the failure to have full *Charter* scrutiny when it is first required. The central role notice provisions play in our constitutional democracy is reflected in the fact that every province and territory has a law requiring that notice of a constitutional question be served on the provincial and territorial Attorneys General, and, at times, also requiring that the Attorney General of Canada be served.

The failure to notify Attorneys General in the forum where notice is required and doing so only for the first time in *this* Court undermines the purposes underlying the notice provisions. Most significantly, it undermines public confidence because it extinguishes the legislative assurances that this Court will have the benefit of a complete and tested record when scrutinizing the constitutionality of legislation.

Moreover, if this Court arrogates to itself a broad authority to retroactively remedy a failure to give notice in the Tax Court where it is required, the mandatory

décision erronée dans *Eaton*. Partant, comme le prescrit cet arrêt, le libellé impératif de l'art. 19.2 de la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt* et les considérations de politique générale qui le sous-tendent appuient la conclusion selon laquelle, sauf circonstances exceptionnelles, la Cour ne doit pas se prononcer sur la constitutionnalité de l'art. 163.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* étant donné l'absence d'un avis en Cour de l'impôt.

L'exigence législative d'un avis joue un rôle particulièrement vital dans une affaire relative à la *Charte*, car si le plaideur établit l'atteinte à un droit énuméré, il appartient alors à l'État de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que la disposition en cause est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. L'exigence législative d'un avis protège l'intérêt public en permettant aux procureurs généraux de présenter des éléments de preuve afin que le tribunal puisse examiner la constitutionnalité de la disposition de manière complète et équitable. Contourner cette étape cruciale sur le plan de la preuve en première instance, où les éléments offerts peuvent être dûment vérifiés et contestés, compromet non seulement la crédibilité de la décision, mais aussi la confiance des citoyens dans le contrôle constitutionnel rigoureux des lois. L'avis s'impose vis-à-vis non seulement du procureur général du ressort dont la disposition législative est contestée, mais aussi des procureurs généraux des autres ressorts dont les dispositions législatives peuvent être touchées de manière incidente par l'issue de l'affaire et qui, de ce fait, peuvent souhaiter intervenir. Le préjudice subi par le public est présumé puisqu'un examen approfondi des dispositions au regard de la *Charte* n'a pas eu lieu alors qu'il s'imposait dans l'instance antérieure. Dans notre démocratie constitutionnelle, le rôle capital de l'avis se traduit par l'existence, dans chacune des provinces et dans chacun des territoires, d'une disposition exigeant qu'un avis de question constitutionnelle soit signifié aux procureurs généraux des provinces et des territoires et, parfois, au procureur général du Canada.

Le fait de ne pas avoir signifié un avis aux procureurs généraux devant la juridiction qui l'exigeait et d'en avoir signifié un pour la première fois devant *notre* Cour porte atteinte à la raison d'être des dispositions en cause. Mais surtout, il en résulte une brèche dans la confiance du public puisqu'il y a anéantissement des garanties légales censées faire en sorte que la Cour dispose d'un dossier de preuve complet et vérifié pour se prononcer sur la constitutionnalité de dispositions législatives.

Qui plus est, si la Cour s'attribuait un large pouvoir de remédier rétroactivement à l'omission de donner l'avis requis en Cour de l'impôt, le caractère obligatoire

character of s. 19.2 is eroded. Permitting the artifice of notice at this Court to replace notice in the forum from which an appeal is taken would, in effect, permit parties to do an “end run” around these mandatory notice provisions. Such an approach would have the effect of replacing *Eaton*’s presumption of prejudice with an assumption of no prejudice if notice is *eventually* given in this Court. Not only does this send the message that compliance with mandatory notice provisions is merely optional, it also has the effect of making them essentially discretionary.

The mandatory wording of the *Tax Court of Canada Act* and the policy reasons underlying notice provisions therefore lead to the conclusion that, in addition to the two exceptions set out in *Eaton* — *de facto* notice and the consent of the Attorneys General — absent exceptional circumstances, this Court should not entertain a constitutional argument where notice was not properly provided in the court or tribunal of first instance. Exceptional circumstances include those where the constitutional issue has an overwhelming urgency or public importance that justifies hearing it in this Court, or where the party bringing the constitutional challenge had little choice but to raise it for the first time in this Court.

In this case, G failed to serve notice of a constitutional question before the Tax Court. She once again failed to serve the notice required by s. 57 of the *Federal Courts Act* in proceedings before the Federal Court of Appeal. Before this Court, G filed notice for the first time. She attempted to bring her case outside the scope of s. 19.2 by arguing that she was merely asserting her *Charter* rights, as opposed to seeking a declaration of invalidity, inapplicability or inoperability. Having raised a constitutional argument, however, G was bound by the notice requirements that govern its determination. The protections set out in s. 11 of the *Charter* cannot simply be read into the regulatory scheme without rendering s. 163.2 invalid, inapplicable or inoperative. The *Income Tax Act* provides a set of procedures and processes that are distinct from those set out in the *Criminal Code*. Section 34(2) of the *Interpretation Act*, as a result, does not apply.

Neither exception from *Eaton* applies in this case. Nor are there any exceptional circumstances: there is no particular urgency or overwhelming public importance that distinguishes this case from other constitutional cases,

de l’art. 19.2 serait affaibli. Permettre le stratagème qui consiste à substituer l’avis devant notre Cour à celui requis par le tribunal dont la décision est portée en appel reviendrait en fait à permettre au plaideur de passer outre aux dispositions obligatoires en cause. Ce serait aussi écarter la présomption de préjudice reconnue dans *Eaton* au bénéfice d’un postulat d’absence de préjudice lorsqu’un avis est *finale*ment signifié devant notre Cour. Ce serait non seulement transmettre le message que l’observation des dispositions exigeant l’avis est purement facultative, mais aussi conférer à cette obligation un caractère essentiellement optionnel.

Les termes impératifs employés dans la *Loi sur la Cour canadienne de l’impôt* et les raisons de principe qui sous-tendent les dispositions sur l’avis mènent donc à la conclusion que, outre les deux exceptions reconnues dans *Eaton* — l’avis *de facto* et le consentement des procureurs généraux —, la Cour ne doit pas, sauf circonstances exceptionnelles, connaître d’une question constitutionnelle alors qu’un avis n’a pas dûment été donné en première instance. Au nombre des circonstances exceptionnelles, mentionnons l’urgence extrême ou l’importance publique de trancher la question constitutionnelle qui justifie la Cour de l’entendre ou l’absence d’un autre choix, pour la partie en cause, que celui de soulever la question constitutionnelle pour la première fois devant la Cour.

Dans la présente affaire, G n’a pas signifié d’avis de question constitutionnelle en Cour de l’impôt. Elle ne l’a pas fait non plus en Cour d’appel fédérale, alors que l’art. 57 de la *Loi sur les Cours fédérales* l’exigeait. Elle l’a fait pour la première fois devant notre Cour. Elle a tenté d’échapper à l’application de l’art. 19.2 en soutenant qu’elle faisait seulement valoir ses droits constitutionnels, par opposition à demander que la disposition attaquée soit déclarée invalide, inapplicable ou sans effet. Mais comme elle a soulevé un argument constitutionnel, elle était tenue au respect des exigences procédurales applicables pour que la cour saisie puisse se prononcer. On ne peut tout bonnement intégrer les garanties de l’art. 11 de la *Charte* au régime de réglementation sans rendre l’art. 163.2 invalide, inapplicable ou sans effet. La *Loi de l’impôt sur le revenu* prévoit un ensemble de procédures et de processus qui diffèrent de ceux du *Code criminel*. Le paragraphe 34(2) de la *Loi d’interprétation* ne s’applique donc pas.

Ni l’une ni l’autre des exceptions de l’arrêt *Eaton* ne s’appliquent en l’espèce. Il n’existe pas non plus de circonstances exceptionnelles : nulle urgence particulière ou importance manifeste pour le public ne distingue la

and there is virtually no explanation for why notice was not given where required in the prior proceedings.

At the Tax Court, the Attorney General of Canada objected to G's constitutional argument, arguing that notice was required. Neither the Attorney General of Canada, nor the provincial Attorneys General whose own regulatory schemes could clearly be affected by the outcome, had the opportunity to fully participate in building the necessary evidentiary record before the Tax Court. And two of the three Attorneys General who participated in this Court objected to the failure to provide notice at the Tax Court. Far from conceding that there was no prejudice, the Attorney General of Canada in fact insisted that there was prejudice to the public from the failure to provide notice. The burden of showing the contrary is on G, not on the Attorneys General. Moreover, it is impossible in the absence of a full evidentiary record and argument, to conclude that this Court has the benefit of full developed reasons for judgment on the constitutional point from both of the courts below.

To consider the constitutional issue in this case, as the majority does, essentially means that it could be exercised in any case where the Court is sufficiently attracted by the constitutional issue, notwithstanding the public importance of notice provisions, the wording of s. 19.2, and the binding precedent of *Eaton*. G knew that the Attorney General of Canada had objected to her failure to file notice before the Tax Court when she made her closing argument, yet even in the Federal Court of Appeal, she failed to file the required notice. Essentially, she took the risk of gambling with public resources, rather than simply complying with plain statutory requirements.

Cases Cited

By Rothstein and Cromwell JJ.

Applied: *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; *Martineau v. M.N.R.*, 2004 SCC 81, [2004] 3 S.C.R. 737; **discussed:** *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; **referred to:** *Morine v. Parker (L & J) Equipment Inc.*, 2001 NSCA 53, 193 N.S.R. (2d) 51; *Mohr v. North American Life Assurance Co.*, [1941] 1 D.L.R. 427; *Citation Industries Ltd. v. C.J.A., Loc. 1928* (1988), 53 D.L.R. (4th) 360; *R. v. Brown*, [1993] 2 S.C.R. 918; *Corporation professionnelle des médecins du Québec v. Thibault*, [1988] 1 S.C.R. 1033; *Performance*

présente espèce d'une autre affaire constitutionnelle, et aucune explication de l'absence d'avis dans les instances antérieures n'a pour ainsi dire été offerte.

En Cour de l'impôt, le procureur général du Canada s'est opposé à la thèse constitutionnelle de G au motif qu'un avis aurait dû être donné. Ni lui ni les procureurs généraux des provinces dont les régimes de réglementation pouvaient nettement être touchés par la décision n'ont eu la possibilité de participer pleinement à la confection du dossier de preuve nécessaire en Cour de l'impôt. D'ailleurs, deux des trois procureurs généraux ayant pris part à l'instance devant notre Cour ont dénoncé l'absence d'avis en Cour de l'impôt. Loin de concéder qu'aucun préjudice n'avait été causé en l'espèce, le procureur général du Canada a insisté sur le fait que cette omission *avait causé* un préjudice au public. Il incombe à G, non aux procureurs généraux, de prouver le contraire. En outre, faute d'un dossier de preuve complet sur lequel les parties ont débattu, il est impossible de conclure que la Cour dispose de motifs de jugement détaillés des deux juridictions inférieures sur la question constitutionnelle.

Examiner la question constitutionnelle en l'espèce comme le préconisent les juges majoritaires ferait essentiellement en sorte que la Cour puisse exercer son pouvoir discrétionnaire chaque fois qu'une question constitutionnelle l'interpelle, indépendamment de l'importance pour le public des dispositions en matière d'avis, du libellé de l'art. 19.2 et du caractère obligatoire de l'arrêt *Eaton*. Lorsqu'elle a présenté son exposé final, G savait que le procureur général avait dénoncé son omission de déposer un avis devant la Cour de l'impôt. Pourtant, même en Cour d'appel fédérale, elle n'a pas déposé l'avis requis. En somme, elle a fait le pari d'aller de l'avant au risque de porter atteinte aux ressources publiques au lieu de simplement respecter les exigences claires de la loi.

Jurisprudence

Citée par les juges Rothstein et Cromwell

Arrêts appliqués : *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; *Martineau c. M.R.N.*, 2004 CSC 81, [2004] 3 R.C.S. 737; **arrêt analysé :** *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; **arrêts mentionnés :** *Morine c. Parker (L & J) Equipment Inc.*, 2001 NSCA 53, 193 N.S.R. (2d) 51; *Mohr c. North American Life Assurance Co.*, [1941] 1 D.L.R. 427; *Citation Industries Ltd. c. C.J.A., Loc. 1928* (1988), 53 D.L.R. (4th) 360; *R. c. Brown*, [1993] 2 R.C.S. 918; *Corporation professionnelle des médecins du Québec c. Thibault*, [1988]

Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd., 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678; *Bank of Montreal v. Hall* (1985), 46 Sask. R. 182, rev'd [1990] 1 S.C.R. 121; *Artell Developments Ltd. v. 677950 Ontario Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 443, aff'g (1992), 93 D.L.R. (4th) 334; *Tseshah v. British Columbia*, S.C.C., No. 23234, May 2, 1994 (*Bulletin of Proceedings of the Supreme Court of Canada*, 1994, p. 756), notice of discontinuance filed, [1995] 1 S.C.R. xi; *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)*, 2004 SCC 20, [2004] 1 S.C.R. 498, rev'g (2001), 158 C.C.C. (3d) 325; *Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 SCC 21, [2004] 1 S.C.R. 528, rev'g 2002 CanLII 16257; *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, 2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302; *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53, rev'g 2011 NLCA 42, 308 Nfld. & P.E.I.R. 1; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *R. v. Shubley*, [1990] 1 S.C.R. 3; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *Venne v. The Queen*, [1984] C.T.C. 223; *Sirois (L.C.) v. Canada*, 1995 CarswellNat 555 (WL Can.); *Keller v. Canada*, 1995 CarswellNat 569 (WL Can.); *Sidhu v. R.*, 2004 TCC 174, [2004] 2 C.T.C. 3167; *Canada (Attorney General) v. United States Steel Corp.*, 2011 FCA 176, 333 D.L.R. (4th) 1; *Rowan v. Ontario Securities Commission*, 2012 ONCA 208, 110 O.R. (3d) 492; *Lavallee v. Alberta Securities Commission*, 2010 ABCA 48, 474 A.R. 295; *Canada (Commissioner of Competition) v. Chatr Wireless Inc.*, 2013 ONSC 5315, 288 C.R.R. (2d) 297.

By Abella and Wagner JJ.

Applied: *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; **referred to:** *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357; *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115; *Bekker v. Minister of National Revenue*, 2004 FCA 186, 323 N.R. 195; *B.C.T.F. v. British Columbia (Attorney General)*, 2009 BCSC 436, 94 B.C.L.R. (4th) 267; *Paluska v. Cava* (2002), 59 O.R. (3d) 469; *Maurice v. Crédit Trans Canada Ltée*, [1996] R.J.Q. 894; *R. v. Nome*, 2010 SKCA 147, 362 Sask. R. 241; *D.N. v. New Brunswick (Minister of Health and Community Services)* (1992), 127 N.B.R. (2d) 383; *Gitxsan*

1 R.C.S. 1033; *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678; *Bank of Montreal c. Hall* (1985), 46 Sask. R. 182, inf. par [1990] 1 R.C.S. 121; *Artell Developments Ltd. c. 677950 Ontario Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 443, conf. (1992), 93 D.L.R. (4th) 334; *Tseshah c. Colombie-Britannique*, C.S.C., n° 23234, 2 mai 1994 (*Bulletin des procédures de la Cour suprême du Canada*, 1994, p. 756), avis de désistement produit, [1995] 1 R.C.S. xi; *Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)*, 2004 CSC 20, [2004] 1 R.C.S. 498, inf. (2001), 158 C.C.C. (3d) 325; *Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 CSC 21, [2004] 1 R.C.S. 528, inf. 2002 CanLII 16257; *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302; *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53, inf. 2011 NLCA 42, 308 Nfld. & P.E.I.R. 1; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *R. c. Shubley*, [1990] 1 R.C.S. 3; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *Venne c. Canada (ministre du Revenu national — M.R.N.)*, [1984] A.C.F. n° 314 (QL); *Sirois (L.C.) c. Canada*, 1995 CarswellNat 1974 (WL Can.); *Keller c. Canada*, 1995 CarswellNat 569 (WL Can.); *Sidhu c. La Reine*, 2004 CCI 174; *Canada (Procureur général) c. United States Steel Corp.*, 2011 CAF 176; *Rowan c. Ontario Securities Commission*, 2012 ONCA 208, 110 O.R. (3d) 492; *Lavallee c. Alberta Securities Commission*, 2010 ABCA 48, 474 A.R. 295; *Canada (Commissioner of Competition) c. Chatr Wireless Inc.*, 2013 ONSC 5315, 288 C.R.R. (2d) 297.

Citée par les juges Abella et Wagner

Arrêt appliqué : *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; **arrêts mentionnés :** *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115; *Bekker c. Canada*, 2004 CAF 186; *B.C.T.F. c. British Columbia (Attorney General)*, 2009 BCSC 436, 94 B.C.L.R. (4th) 267; *Paluska c. Cava* (2002), 59 O.R. (3d) 469; *Maurice c. Crédit Trans Canada Ltée*, [1996] R.J.Q. 894; *R. c. Nome*, 2010 SKCA 147, 362 Sask. R. 241; *D.N. c. New Brunswick (Minister of Health and Community Services)* (1992), 127 R.N.-B. (2^e) 383; *Gitxsan Treaty Society c. Hospital Employees' Union*,

Treaty Society v. Hospital Employees' Union, [2000] 1 F.C. 135; *Mercier v. Canada (Correctional Service)*, 2010 FCA 167, [2012] 1 F.C.R. 72; *R. v. Lord*, 2011 BCCA 295, 307 B.C.A.C. 285; *Ardoch Algonquin First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCA 473, [2004] 2 F.C.R. 108; *R. v. Brown*, [1993] 2 S.C.R. 918; *Quan v. Cusson*, 2009 SCC 62, [2009] 3 S.C.R. 712; *Re:Sound v. Motion Picture Theatre Associations of Canada*, 2012 SCC 38, [2012] 2 S.C.R. 376; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Morine v. Parker (L & J) Equipment Inc.*, 2001 NSCA 53, 193 N.S.R. (2d) 51; *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, 2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302; *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)*, 2004 SCC 20, [2004] 1 S.C.R. 498; *Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 SCC 21, [2004] 1 S.C.R. 528; *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53.

Statutes and Regulations Cited

Banks and Banking Law Revision Act, 1980, S.C. 1980-81-82-83, c. 40, s. 178(3).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11, 15, 25.
Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, art. 95.
Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34, s. 36, Part VI.
Constitution Act, 1867, s. 92(15).
Constitutional Question Act, R.S.B.C. 1996, c. 68, s. 8.
Constitutional Questions Act, C.C.S.M., c. C180, s. 7(2).
Constitutional Questions Act, R.S.N.S. 1989, c. 89, s. 10(2).
Constitutional Questions Act, R.S.Y. 2002, c. 39, s. 2(1).
Constitutional Questions Act, 2012, S.S. 2012, c. C-29.01, s. 13.
Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19.
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 109.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.
Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 57(1).
Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), Part I, Division I, ss. 163(2), 163.2, 165, 169, Part XV, ss. 220(3.1), 238, 239, 244.
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 34(2).
Investment Canada Act, R.S.C. 1985, c. 28 (1st Supp.).
Judicature Act, R.S.A. 2000, c. J-2, s. 24(1).
Judicature Act, R.S.N.B. 1973, c. J-2, s. 22(3).
Judicature Act, R.S.N.L. 1990, c. J-4, s. 57.
Judicature Act, R.S.N.W.T. 1988, c. J-1, s. 59(2).
Judicature Act, S.N.W.T. (Nu.) 1998, c. 34, s. 58(1).

[2000] 1 C.F. 135; *Mercier c. Canada (Service correctionnel)*, 2010 CAF 167, [2012] 1 R.C.F. 72; *R. c. Lord*, 2011 BCCA 295, 307 B.C.A.C. 285; *Première nation algonquienne d'Ardoch c. Canada (Procureur général)*, 2003 CAF 473, [2004] 2 R.C.F. 108; *R. c. Brown*, [1993] 2 R.C.S. 918; *Quan c. Cusson*, 2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712; *Ré:Sonnie c. Fédération des associations de propriétaires de cinémas du Canada*, 2012 CSC 38, [2012] 2 R.C.S. 376; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Morine c. Parker (L & J) Equipment Inc.*, 2001 NSCA 53, 193 N.S.R. (2d) 51; *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302; *Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)*, 2004 CSC 20, [2004] 1 R.C.S. 498; *Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 CSC 21, [2004] 1 R.C.S. 528; *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11, 15, 25.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46.
Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25, art. 95.
Constitutional Question Act, R.S.B.C. 1996, c. 68, art. 8.
Constitutional Questions Act, R.S.N.S. 1989, c. 89, art. 10(2).
Judicature Act, R.S.A. 2000, c. J-2, art. 24(1).
Judicature Act, R.S.N.L. 1990, c. J-4, art. 57.
Judicature Act, S.P.E.I. 2008, c. J-2.1, art. 49(1).
Limitation of Civil Rights Act, R.S.S. 1978, c. L-16.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(15).
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 34(2).
Loi de 1980 remaniant la législation bancaire, L.C. 1980-81-82-83, c. 40, art. 178(3).
Loi de 2012 sur les questions constitutionnelles, L.S. 2012, c. C-29.01, art. 13.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.), partie I, section I, art. 163(2), 163.2, 165, 169, partie XV, art. 220(3.1), 238, 239, 244.
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, c. 19.
Loi sur Investissement Canada, L.R.C. 1985, c. 28 (1^{er} suppl.).
Loi sur l'organisation judiciaire, L.R.N.-B. 1973, c. J-2, art. 22(3).
Loi sur l'organisation judiciaire, L.R.T.N.-O. 1988, c. J-1, art. 59(2).

Judicature Act, S.P.E.I. 2008, c. J-2.1, s. 49(1).
Limitation of Civil Rights Act, R.S.S. 1978, c. L-16.
Securities Act, R.S.A. 2000, c. S-4.
Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5, ss. 122(1), 127(1)9, 134(4).
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 43(1.1).
Tax Court of Canada Act, R.S.C. 1985, c. T-2, s. 19.2.
Workplace Health, Safety and Compensation Act, R.S.N.L. 1990, c. W-11.
Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1.

Loi sur l'organisation judiciaire, L.T.N.-O. (Nu.) 1998, c. 34, art. 58(1).
Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, c. C-34, art. 36, partie VI.
Loi sur la Cour canadienne de l'impôt, L.R.C. 1985, c. T-2, art. 19.2.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 43(1.1).
Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, c. 1.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 57(1).
Loi sur les questions constitutionnelles, C.P.L.M., c. C180, art. 7(2).
Loi sur les questions constitutionnelles, L.R.Y. 2002, c. 39, art. 2(1).
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, c. C.43, art. 109.
Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O. 1990, c. S.5, art. 122(1), 127(1)9, 134(4).
Securities Act, R.S.A. 2000, c. S-4.
Workplace Health, Safety and Compensation Act, R.S.N.L. 1990, c. W-11.

Authors Cited

Aylward, Stephen, and Luisa Ritacca. "In Defence of Administrative Law: Procedural Fairness for Administrative Monetary Penalties" (2015), 28 *C.J.A.L.P.* 35.
 Brown, Henry S. *Supreme Court of Canada Practice 2015*, 15th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2014.
 Canada. Canada Revenue Agency. "Third-Party Civil Penalties", IC 01-1, September 18, 2001 (online: <http://www.cra-arc.gc.ca/E/pub/tp/ic01-1/ic01-1-e.pdf>).
 McLeod, Doug. "Facing the Consequences: Should the Charter Apply to Administrative Proceedings Involving Monetary Penalties?" (2012), 30 *N.J.C.L.* 59.
 Osborne, Philip H. *The Law of Torts*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2011.
 Roach, Kent. *Criminal Law*, 5th ed. Toronto: Irwin Law, 2012.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Noël, Gauthier and Stratas J.J.A.), 2013 FCA 153, [2014] 4 F.C.R. 786, 285 C.R.R. (2d) 220, 298 C.C.C. (3d) 304, [2013] 5 C.T.C. 1, 360 D.L.R. (4th) 515, 2013 DTC 5113, 446 N.R. 154, [2013] F.C.J. No. 673 (QL), 2013 CarswellNat 1832 (WL Can.), setting aside a decision of Bédard J. of the Tax Court of Canada, 2012 TCC 287, 2012 DTC 1283, [2013]

Doctrine et autres documents cités

Aylward, Stephen, and Luisa Ritacca. « In Defence of Administrative Law : Procedural Fairness for Administrative Monetary Penalties » (2015), 28 *R.C.D.A.P.* 35.
 Brown, Henry S. *Supreme Court of Canada Practice 2015*, 15th ed., Toronto, Thomson/Carswell, 2014.
 Canada. Agence du revenu du Canada. « Pénalités administratives imposées à des tiers », IC 01-1, 18 septembre 2001 (en ligne : <http://www.cra-arc.gc.ca/F/pub/tp/ic01-1/ic01-1-f.pdf>).
 McLeod, Doug. « Facing the Consequences : Should the Charter Apply to Administrative Proceedings Involving Monetary Penalties? » (2012), 30 *R.N.D.C.* 59.
 Osborne, Philip H. *The Law of Torts*, 4th ed., Toronto, Irwin Law, 2011.
 Roach, Kent. *Criminal Law*, 5th ed., Toronto, Irwin Law, 2012.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Noël, Gauthier et Stratas), 2013 CAF 153, [2014] 4 R.C.F. 786, 285 C.R.R. (2d) 220, 298 C.C.C. (3d) 304, [2013] 5 C.T.C. 1, 360 D.L.R. (4th) 515, 2013 DTC 5113, 446 N.R. 154, [2013] A.C.F. n° 673 (QL), 2013 CarswellNat 3428 (WL Can.), qui a infirmé la décision du juge Bédard de la Cour canadienne de l'impôt, 2012 CCI 287, 2012 DTC 1283,

1 C.T.C. 2007, [2012] T.C.J. No. 272 (QL), 2012 CarswellNat 3708 (WL Can.). Appeal dismissed.

Adam Aptowitzer, Alexandra Tzannidakis, Arthur B. C. Drache, Q.C., and Kenneth Jull, for the appellant.

Gordon Bourgard and Eric Noble, for the respondent.

S. Zachary Green, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Written submissions only by *Abdou Thiaw*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Dominic C. Belley and Vincent Dionne, for the intervener Chartered Professional Accountants Canada.

Written submissions only by *Darryl Cruz, Brandon Kain and Kate Findlay*, for the intervener the Canadian Constitution Foundation.

The judgment of Rothstein, Cromwell, Moldaver and Gascon JJ. was delivered by

ROTHSTEIN AND CROMWELL JJ. —

I. Introduction

[1] Income tax law is notoriously complex and many taxpayers rely on tax advisors to help them comply. Given the important role played by tax advisors and other individuals involved in transactions affected by income tax considerations, Parliament enacted s. 163.2 of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“*ITA*”), which imposes monetary penalties on every person who makes a false statement that could be used by another person for the purpose of the Act.

[2] Julie Guindon, the appellant, was assessed penalties under s. 163.2(4) totalling \$546,747 in respect of false statements made by her in donation

[2013] 1 C.T.C. 2007, [2012] A.C.I. n° 272 (QL), 2012 CarswellNat 5562 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Adam Aptowitzer, Alexandra Tzannidakis, Arthur B. C. Drache, c.r., et Kenneth Jull, pour l’appelante.

Gordon Bourgard et Eric Noble, pour l’intimée.

S. Zachary Green, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Abdou Thiaw*, pour l’intervenante la procureure générale du Québec.

Dominic C. Belley et Vincent Dionne, pour l’intervenante Comptables professionnels agréés du Canada.

Argumentation écrite seulement par *Darryl Cruz, Brandon Kain et Kate Findlay*, pour l’intervenante Canadian Constitution Foundation.

Version française du jugement des juges Rothstein, Cromwell, Moldaver et Gascon rendu par

LES JUGES ROTHSTEIN ET CROMWELL —

I. Introduction

[1] Le droit de l’impôt sur le revenu est d’une complexité notoire, et de nombreux contribuables recourent aux services de conseillers fiscaux pour en observer les règles. Étant donné le rôle important de ces conseillers et d’autres personnes dans le cadre d’opérations auxquelles s’appliquent des considérations d’ordre fiscal, le Parlement a adopté l’art. 163.2 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* »), qui impose une sanction pécuniaire à toute personne qui fait un faux énoncé qu’un tiers pourrait utiliser dans le cadre de l’application de la Loi.

[2] L’appelante, Julie Guindon, a fait l’objet, sur le fondement du par. 163.2(4), de pénalités s’élevant au total à 546 747 \$ pour de faux énoncés sur

receipts issued by her on behalf of a charity which, it is alleged, she knew or would reasonably be expected to have known could be used by taxpayers to claim an unwarranted tax credit.

[3] Ms. Guindon says that the penalty imposed under s. 163.2(4) is criminal and that she is therefore a person “charged with an offence” who is entitled to the procedural safeguards provided for in s. 11 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Accordingly, she argues that the matter should not have proceeded in the Tax Court of Canada and that the penalty against her should be vacated.

[4] She was successful in the Tax Court of Canada but the Federal Court of Appeal set that decision aside. Her final appeal to this Court raises two issues, one procedural and one substantive. The procedural issue concerns the consequences of Ms. Guindon’s failure in the courts below to give the required notice of constitutional question in relation to her claims under s. 11 of the *Charter*. Proper notice has been given in this Court. The substantive issue is whether s. 163.2(4) creates a true criminal offence and therefore engages the protections provided for under s. 11.

[5] In our view, this Court has a well-established discretion, albeit one that is narrow and should be exercised sparingly, to address the merits of the constitutional issue when proper notice of constitutional question has been given in this Court, even though the issue was not properly raised in the courts below. We would exercise that discretion in this case. However, we would decide the substantive issue in favour of the respondent. In our view, proceedings under s. 163.2 are of an administrative nature. Ms. Guindon therefore is not a person “charged with an offence” and accordingly the protections under s. 11 of the *Charter* do not apply. In the result, we would dismiss the appeal.

des reçus officiels de dons qu’elle a délivrés au nom d’un organisme de bienfaisance et dont elle savait ou aurait dû raisonnablement savoir, allègue-t-on, qu’ils pourraient être utilisés par des contribuables pour l’obtention d’un crédit d’impôt injustifié.

[3] M^{me} Guindon affirme que la pénalité infligée en application du par. 163.2(4) est de nature criminelle, ce qui fait d’elle une « inculpé[e] » qui a droit aux garanties procédurales de l’art. 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Par conséquent, elle fait valoir que la Cour canadienne de l’impôt n’aurait pas dû être saisie de l’affaire et que la pénalité devrait être annulée.

[4] La Cour canadienne de l’impôt lui a donné raison, mais la Cour d’appel fédérale l’a déboutée. Le présent pourvoi soulève deux questions, une de procédure et une de fond. La question de procédure concerne les conséquences de l’omission de M^{me} Guindon de donner dûment avis, dans le cadre des instances devant les juridictions inférieures, de ses prétentions fondées sur l’art. 11 de la *Charte*. Un avis de question constitutionnelle a été dûment donné dans le cadre de la présente instance. La question de fond est celle de savoir si le par. 163.2(4) crée une véritable infraction criminelle et emporte ainsi l’application des protections de l’art. 11.

[5] Selon nous, la Cour possède un pouvoir discrétionnaire bien établi — quoique de portée limitée et devant être exercé avec modération — qui lui permet d’examiner la question constitutionnelle au fond lorsque l’avis requis est donné au stade du pourvoi, même si la question n’a pas été régulièrement soulevée devant les juridictions inférieures. Nous nous prononçons en faveur de l’exercice de ce pouvoir en l’espèce. Toutefois, nous inclinons à trancher la question de fond en faveur de l’intimée. Selon nous, les procédures découlant de l’application de l’art. 163.2 sont de nature administrative. M^{me} Guindon n’est donc pas une « inculpé[e] » au sens de l’art. 11 de la *Charte*, en sorte qu’elle ne bénéficie pas des protections que garantit cette disposition. Nous sommes donc d’avis de rejeter le pourvoi.

II. Facts and Judicial History

[6] Julie Guindon is a lawyer, practising mainly in the area of family law and wills and estates; she has no expertise in income tax law. In May 2001, she was approached by promoters of a leveraged donation program. Each participant in the program would acquire timeshare units of a resort in the Turks and Caicos Islands. The participants would donate these units to a charity at a fair market value greater than their cash payment for the timeshares. Ms. Guindon agreed, for a fee of \$1,000, to provide an opinion letter on the tax consequences of this program on the basis of a precedent provided by the promoters. She recommended that the promoters have a tax lawyer and an accountant review her opinion to ensure its accuracy, as the opinion did not fall within her field of expertise, but nonetheless provided the letter knowing that it was intended to be part of the promotional package for the scheme. She wrote that the transactions would be implemented based on supporting documents that she had been provided with and had reviewed. She had not reviewed the supporting documents.

[7] Ms. Guindon was also the president and administrator of a registered charity, Les Guides Franco-Canadiennes District d'Ottawa. In November 2001, this charity agreed to become the recipient of the donated timeshares. The promoters would then sell the timeshares on behalf of the charity which would receive a minimum of \$500 per unit sold.

[8] The scheme was a sham: no timeshare units were created and no transfers from the donors to the charity occurred. The promoters prepared 135 tax receipts, which were issued by the charity and signed by Ms. Guindon and the treasurer of the charity. The total receipted amount was \$3,972,775. The Minister of National Revenue disallowed the charitable donation tax credits claimed by the donors. On August 1, 2008, the Minister assessed Ms. Guindon for penalties under s. 163.2 of the

II. Faits et historique judiciaire

[6] Avocate, Julie Guindon exerce principalement en droit de la famille et en droit des successions. Elle ne possède aucune expertise dans le domaine de l'impôt sur le revenu. En mai 2001, les promoteurs d'un programme de dons financés par emprunt l'ont approchée. Chacun des participants au programme devait acquérir des parts de temps partagé d'un centre de villégiature situé dans les îles Turques-et-Caïques. Il faisait ensuite don des parts à un organisme de bienfaisance selon une juste valeur marchande supérieure à la somme versée au comptant pour en faire l'acquisition. Moyennant des honoraires de 1 000 \$, M^{me} Guindon a convenu de rédiger une opinion sur les conséquences fiscales du programme à partir d'un précédent fourni par les promoteurs. Elle a recommandé à ces derniers de soumettre son opinion à l'examen d'un avocat fiscaliste et d'un comptable pour en garantir l'exactitude, car le sujet ne relevait pas de son domaine d'expertise. Elle a néanmoins fourni l'opinion en sachant qu'elle serait insérée dans une trousse promotionnelle. Elle y indiquait que les opérations seraient effectuées conformément à la documentation qui lui avait été remise et qu'elle avait examinée. Or, elle n'avait pas examiné cette documentation.

[7] M^{me} Guindon était également présidente et administratrice d'un organisme de bienfaisance enregistré, Les Guides Franco-Canadiennes District d'Ottawa. En novembre 2001, cet organisme de bienfaisance a convenu de devenir bénéficiaire des parts de temps partagé ayant fait l'objet de dons. Les promoteurs devaient ensuite vendre les parts en son nom et lui verser un minimum de 500 \$ la part vendue.

[8] L'opération s'est révélée factice. Aucune part n'a été créée, et il n'y a eu aucun transfert des donateurs à l'organisme de bienfaisance. Les promoteurs ont préparé 135 reçus fiscaux officiels qui ont été délivrés par l'organisme de bienfaisance après que M^{me} Guindon et le trésorier de l'organisme y eurent apposé leurs signatures. La somme totale en cause s'élevait à 3 972 775 \$. Le ministre du Revenu national a refusé les crédits d'impôt pour dons de bienfaisance demandés par les donateurs.

ITA for each of the tax receipts issued on the basis that she knew, or would have known but for wilful disregard of the *ITA*, that the tax receipts constituted false statements.

[9] Ms. Guindon appealed this assessment to the Tax Court of Canada. Her counsel, for the first time, relied on s. 11 of the *Charter* during his oral submissions. It was submitted that s. 163.2 created a criminal offence and that, as a result, Ms. Guindon was a person “charged with an offence” entitled to the protections of s. 11 of the *Charter*. Her notice of appeal to the Tax Court did not raise any *Charter* issue and she did not provide notice of a constitutional question to the Attorney General of Canada and the provincial attorneys general as required by s. 19.2 of the *Tax Court of Canada Act*, R.S.C. 1985, c. T-2. The respondent objected to the *Charter* point being raised, but was overruled.

[10] The Tax Court found that Ms. Guindon’s conduct was culpable within the meaning of s. 163.2 of the *ITA*, but vacated the penalty assessment, ruling that the provision is both “by its very nature a criminal proceeding” and “involves a sanction that is a true penal consequence”: 2012 TCC 287, 2012 DTC 1283, at para. 53. However, the Tax Court also found that, if the penalty were a civil one, it would be applicable to Ms. Guindon, as she engaged in culpable conduct.

[11] Before the Federal Court of Appeal, Ms. Guindon failed to give notice of a constitutional question to the provincial and federal attorneys general. She argued that no notice of constitutional question was required as she was not questioning the “constitutional validity, applicability or operability” of s. 163.2 of the *ITA*: *Tax Court of Canada Act*, s. 19.2. Instead, she claimed that s. 34(2) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, operates such that s. 163.2 of the *ITA* can be interpreted in a constitutionally compliant manner. Section 34(2) reads:

Le 1^{er} août 2008, sur le fondement de l’art. 163.2 de la *LIR*, il a infligé à M^{me} Guindon une pénalité pour chacun des reçus fiscaux délivrés au motif qu’elle savait ou aurait dû savoir, n’eût été sa méconnaissance délibérée de la *LIR*, que les reçus fiscaux constituaient de faux énoncés.

[9] M^{me} Guindon a interjeté appel de la cotisation en Cour canadienne de l’impôt. Son avocat a invoqué pour la première fois l’art. 11 de la *Charte* au cours de sa plaidoirie. Il a soutenu que l’art. 163.2 créait une infraction criminelle, de sorte que M^{me} Guindon était une « inculpé[e] » et avait droit à ce titre aux protections de l’art. 11 de la *Charte*. L’avis d’appel à la Cour de l’impôt ne soulevait aucune question relative à la *Charte*, et nul avis d’une question constitutionnelle n’avait été signifié au procureur général du Canada et aux procureurs généraux des provinces comme l’exige l’art. 19.2 de la *Loi sur la Cour canadienne de l’impôt*, L.R.C. 1985, c. T-2. L’intimée s’est opposée à l’examen de la question constitutionnelle, mais son objection a été rejetée.

[10] La Cour de l’impôt conclut que M^{me} Guindon a eu une conduite coupable au sens de l’art. 163.2 de la *LIR*, mais elle annule la cotisation au motif que la disposition, « de par sa nature même, est une procédure criminelle » et qu’elle « est assortie d’une sanction qui est une véritable conséquence pénale » (2012 CCI 287, 2012 DTC 1283, par. 53). Elle ajoute cependant que si la pénalité était de nature administrative, elle s’appliquerait à M^{me} Guindon puisque cette dernière a eu une conduite coupable.

[11] En Cour d’appel fédérale, M^{me} Guindon a omis de signifier un avis de question constitutionnelle aux procureurs généraux fédéral et provinciaux. Elle a fait valoir que l’avis n’était pas requis puisqu’elle ne remettait pas en question « la validité, l’applicabilité ou l’effet » de l’art. 163.2 de la *LIR* (*Loi sur la Cour canadienne de l’impôt*, art. 19.2). Elle prétendait plutôt que le par. 34(2) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, permettait d’interpréter l’art. 163.2 de la *LIR* de manière à le rendre conforme à la Constitution. Le paragraphe 34(2) est libellé comme suit :

All the provisions of the *Criminal Code* [R.S.C. 1985, c. C-46] relating to indictable offences apply to indictable offences created by an enactment, and all the provisions of that Code relating to summary conviction offences apply to all other offences created by an enactment, except to the extent that the enactment otherwise provides.

By applying *Criminal Code* procedures to the penalty instead of the administrative procedures provided for in the *ITA*, the penalty in s. 163.2 can be preserved as a criminal offence.

[12] The Federal Court of Appeal allowed the appeal, set aside the judgment of the Tax Court, and restored the assessment against Ms. Guindon: 2013 FCA 153, [2014] 4 F.C.R. 786. Stratas J.A., writing for the court, found that Ms. Guindon's failure to serve notice of a constitutional question was fatal to the Tax Court's jurisdiction. He noted, however, that the Tax Court and the Federal Court of Appeal, if asked to do so, could have exercised their discretion to adjourn the appeal to allow a notice to be served to address that matter. Ms. Guindon did not make that request in either of the courts below. The Federal Court of Appeal nonetheless went on to address the substantive issue and concluded that s. 163.2 of the *ITA* is not a criminal offence and therefore does not engage s. 11 of the *Charter*.

[13] The Chief Justice stated the following constitutional questions:

1. Does s. 163.2 of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), infringe s. 11 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

[14] The result is that the Attorney General of Canada and all provincial and territorial attorneys general have been given formal notice of the constitutional issue which the appellant seeks to raise in this Court.

Sauf disposition contraire du texte créant l'infraction, les dispositions du *Code criminel* [L.R.C. 1985, c. C-46] relatives aux actes criminels s'appliquent aux actes criminels prévus par un texte et celles qui portent sur les infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire s'appliquent à toutes les autres infractions créées par le texte.

Assujettie aux règles du *Code criminel* plutôt qu'aux règles administratives de la *LIR*, la pénalité de l'art. 163.2 pouvait être assimilée à une infraction criminelle.

[12] La Cour d'appel fédérale accueille l'appel, annule le jugement de la Cour de l'impôt et rétablit la cotisation (2013 CAF 153, [2014] 4 R.C.F. 786). S'exprimant avec l'accord de ses collègues, le juge Stratas conclut que l'omission de M^{me} Guindon de signifier un avis de question constitutionnelle a privé la Cour de l'impôt de toute compétence. Il fait cependant remarquer que la Cour de l'impôt et la Cour d'appel fédérale auraient pu, si on le leur avait demandé, exercer le pouvoir discrétionnaire qui leur permet d'ajourner l'audition de l'appel afin de permettre la signification de l'avis pour corriger la situation. M^{me} Guindon ne l'a demandé ni à l'une ni à l'autre. La Cour d'appel fédérale examine néanmoins la question de fond et opine que l'art. 163.2 de la *LIR* ne crée pas une infraction criminelle, de sorte qu'elle n'emporte pas l'application de l'art. 11 de la *Charte*.

[13] Le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes :

1. L'article 163.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.), viole-t-il l'art. 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une violation constituant une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

[14] Le procureur général du Canada ainsi que tous les procureurs généraux des provinces et des territoires ont donc reçu un avis formel des questions constitutionnelles dont l'appelante veut saisir notre Cour.

III. Analysis

A. *Notice*

[15] The first issue concerns the impact on this appeal of Ms. Guindon's failure to give notice, in the courts below, of the constitutional issue that she raised. We agree with the Federal Court of Appeal and our colleagues, Abella and Wagner JJ., that notice was required in this case. We also agree with our colleagues that, proper notice having now been given in this Court, we have a discretion to consider and decide the constitutional issue. We part company with our colleagues, however, on the question of whether we should exercise that discretion in this case. In our view, this is a compelling case to do so in light of an analysis and weighing of the relevant considerations that we will discuss in detail.

[16] To begin, we read *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, differently than do our colleagues. *Eaton* was a case in which no notice or any equivalent had been given and the respondents had specifically disavowed the intention to raise the constitutionality of any provision. The Attorney General of Ontario relied on this position and made no submissions on the constitutionality of the statute in question and had no opportunity to adduce evidence or make submissions on this point. The Court of Appeal addressed the question *ex proprio motu*. In short, *Eaton* was a case of actual prejudice to the Attorney General and was expressly decided on that basis.

[17] The main legal debate in *Eaton* concerned conflicting authority about whether the absence of notice makes the decision invalid, as one strand of authority held, or whether the absence of notice makes the decision voidable upon a showing of prejudice, as held by the other strand. Sopinka J., writing for the Court on this point, expressly declined to decide between these two competing strands of authority. In other words, he did not foreclose the possibility that the constitutional issue

III. Analyse

A. *Avis*

[15] Le premier point en litige touche l'effet sur l'issue du présent pourvoi de l'omission de M^{me} Guindon, devant les juridictions inférieures, de donner avis des questions constitutionnelles qu'elle a soulevées. Nous convenons avec la Cour d'appel fédérale et nos collègues les juges Abella et Wagner que l'avis était nécessaire en l'espèce. Nous convenons également avec nos collègues que, l'avis requis ayant été donné devant notre Cour, un pouvoir discrétionnaire nous permet d'examiner les questions constitutionnelles et de statuer sur elles. Nous nous dissociions cependant de leur opinion quant à savoir si nous devrions ou non exercer ce pouvoir en l'espèce. À notre sens, il s'agit d'une affaire qui le commande au vu de l'analyse et de la pondération des considérations applicables dont nous faisons état ci-après en détail.

[16] D'abord, notre interprétation de l'arrêt *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, diffère de celle de nos collègues. Dans cette affaire, aucun avis ou quelque équivalent n'avait été donné, et les intimés avaient expressément nié avoir l'intention d'invoquer l'inconstitutionnalité d'une disposition. Le procureur général de l'Ontario s'était fié à leur parole, n'avait pas présenté d'observations sur la constitutionnalité de la disposition en cause et n'avait pas eu l'occasion de produire une preuve ou de formuler des observations à l'appui. La Cour d'appel s'était saisie de la question de son propre chef et, pour résumer, sa décision tient expressément à ce que le procureur général a subi un préjudice réel.

[17] La principale question juridique en litige dans *Eaton* avait trait à la jurisprudence contradictoire quant à savoir si, comme certains l'estimaient, l'absence d'avis rendait la décision invalide ou si, comme d'autres le concluaient, elle rendait la décision annulable sur preuve de l'existence d'un préjudice. S'exprimant au nom de la Cour sur ce point, le juge Sopinka refuse expressément d'adhérer à l'un ou l'autre des deux courants jurisprudentiels contradictoires. En d'autres mots, il n'écarte pas la

could be decided even in the absence of notice. He wrote:

It is not, however, necessary to express a final opinion on these questions in that I am satisfied that under either strand of authority the decision of the Court of Appeal is invalid. No notice or any equivalent was given in this case and in fact the Attorney General and the courts had no reason to believe that the Act was under attack. Clearly, [the notice requirement] was not complied with and the Attorney General was seriously prejudiced by the absence of notice. [Emphasis added; para. 54.]

[18] Justices Abella and Wagner do not explain how a notice provision like the one in issue here can be mandatory, as they say that it is, and yet also be subject to exceptions that have no basis in the statutory language. In our respectful view, *Eaton* does not support our colleagues' approach.

[19] Before turning to the other points, we should be clear what the issue is and what it is not. The issue is *not* whether this Court (or for that matter the courts below) can proceed to adjudicate a constitutional question without notice ever having been given to the attorneys general. Notice requirements serve a vital purpose in ensuring that courts have a full evidentiary record before invalidating legislation and that governments are given the fullest opportunity to support the validity of legislation: see *Eaton*, at para. 48. Notice has now been given in this case. The question is one of whether this Court should address the matter now that notice has been given, not whether this Court or any other can proceed in the absence of notice: see, e.g., *Morine v. Parker (L & J) Equipment Inc.*, 2001 NSCA 53, 193 N.S.R. (2d) 51; *Mohr v. North American Life Assurance Co.*, [1941] 1 D.L.R. 427 (Sask. C.A.); *Citation Industries Ltd. v. C.J.A., Loc. 1928* (1988), 53 D.L.R. (4th) 360 (B.C.C.A.).

[20] The principles that must be applied here are essentially those that govern whether this is a suitable

possibilité de statuer sur la question constitutionnelle malgré l'absence d'avis. Voici ce qu'il écrit :

Il n'est toutefois pas nécessaire d'exprimer une opinion définitive sur ces questions, car je suis convaincu que, selon l'une ou l'autre tendance de la jurisprudence, la décision de la Cour d'appel n'est pas valide. Aucun avis ou quelque équivalent n'a été donné en l'espèce et, en fait, le procureur général et les tribunaux n'avaient aucune raison de croire que la Loi était contestée. Manifestement, [la disposition exigeant l'avis] n'a pas été respecté[e] et le procureur général a subi un préjudice grave en raison de l'absence d'avis. [Nous soulignons; par. 54.]

[18] Les juges Abella et Wagner ne précisent pas en quoi une disposition prévoyant un avis comme celle considérée en l'espèce peut être obligatoire — ce qu'ils soutiennent — et faire pourtant l'objet d'exceptions qui ne se fondent sur aucun libellé législatif. À notre humble avis, l'arrêt *Eaton* n'étaye pas leur point de vue.

[19] Avant de passer aux autres points, il y a lieu de préciser quelle est au juste la question en litige. Il *ne s'agit pas* de savoir si notre Cour (ou même une juridiction inférieure) peut aller de l'avant et trancher une question constitutionnelle sans qu'un avis n'ait jamais été donné aux procureurs généraux. L'obligation de donner avis a un objectif fondamental, 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 (voir *Eaton*, par. 48). Un avis a été donné dans le cadre du présent pourvoi. La question qui se pose est celle de savoir si notre Cour devrait ou non examiner les questions constitutionnelles maintenant qu'un avis a été donné, non celle de savoir si notre Cour ou une autre juridiction peut les examiner en l'absence d'un avis (voir p. ex. *Morine c. Parker (L & J) Equipment Inc.*, 2001 NSCA 53, 193 N.S.R. (2d) 51; *Mohr c. North American Life Assurance Co.*, [1941] 1 D.L.R. 427 (C.A. Sask.); *Citation Industries Ltd. c. C.J.A., Loc. 1928* (1988), 53 D.L.R. (4th) 360 (C.A.C.-B.)).

[20] Les principes qui doivent dès lors être appliqués sont essentiellement les mêmes que lorsqu'il

case to hear a constitutional issue that is properly before the court for the first time on appeal. The issue is “new” in the sense that the constitutional issue, by virtue of the absence of notice, was not properly raised before either of the courts below. Whether to hear and decide a constitutional issue when it has not been properly raised in the courts below is a matter for the Court’s discretion, taking into account all of the circumstances, including the state of the record, fairness to all parties, the importance of having the issue resolved by this Court, its suitability for decision and the broader interests of the administration of justice.

[21] The Court has many times affirmed that it may, in appropriate circumstances, allow parties to raise on appeal an argument, even a new constitutional argument, that was not raised, or was not properly raised in the courts below: see, e.g., *R. v. Brown*, [1993] 2 S.C.R. 918; *Corporation professionnelle des médecins du Québec v. Thibault*, [1988] 1 S.C.R. 1033; *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678. The Court has even done so of its own motion, as we shall see.

[22] The test for whether new issues should be considered is a stringent one. As Binnie J. put it in *Sylvan Lake*, “The Court is free to consider a new issue of law on the appeal where it is able to do so without procedural prejudice to the opposing party and where the refusal to do so would risk an injustice”: para. 33. While this Court can hear and decide new issues, this discretion is not exercised routinely or lightly.

[23] New constitutional issues engage additional concerns beyond those that are considered in relation to new issues generally. In the case of a constitutional issue properly raised in this Court for the

s’agit de savoir si une affaire se prête ou non à l’examen d’une question constitutionnelle dont la cour est régulièrement saisie pour la première fois en appel. La question est « nouvelle » du fait que, à défaut d’un avis, elle n’a pas été régulièrement soulevée devant l’une ou l’autre des juridictions inférieures. Examiner puis trancher une question constitutionnelle qui n’a pas été régulièrement soulevée dans le cadre des instances antérieures relève du pouvoir discrétionnaire de la Cour, compte tenu de l’ensemble des circonstances, dont la teneur du dossier, l’équité envers toutes les parties, l’importance que la question soit résolue par la Cour, le fait que l’affaire se prête ou non à une décision et les intérêts de l’administration de la justice en général.

[21] La Cour a maintes fois affirmé qu’elle peut, lorsque les circonstances s’y prêtent, autoriser les parties à soulever dans le cadre d’un pourvoi un argument qui n’a pas été régulièrement soulevé, ni même du tout soulevé, devant les juridictions inférieures, y compris un nouvel argument d’ordre constitutionnel (voir p. ex. *R. c. Brown*, [1993] 2 R.C.S. 918; *Corporation professionnelle des médecins du Québec c. Thibault*, [1988] 1 R.C.S. 1033; *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678). La Cour l’a même fait de sa propre initiative. Nous y reviendrons.

[22] Le critère applicable pour décider de l’opportunité d’examiner une question nouvelle est strict. Comme le précise le juge Binnie dans l’arrêt *Sylvan Lake*, « [i]l est loisible à la Cour, dans le cadre d’un pourvoi, d’examiner une nouvelle question de droit dans les cas où elle peut le faire sans qu’il en résulte de préjudice d’ordre procédural pour la partie adverse et où son refus de le faire risquerait d’entraîner une injustice » (par. 33). La Cour peut certes examiner puis trancher une question nouvelle, mais elle ne doit pas exercer de manière automatique ou inconsiderée le pouvoir discrétionnaire qui le lui permet.

[23] La question nouvelle qui est d’ordre constitutionnel suscite des interrogations supplémentaires. Lorsqu’une question constitutionnelle est régulièrement soulevée pour la première fois devant notre

first time, the special role of the attorneys general in constitutional litigation — reflected in the notice provisions — and the unique role of this Court as the final court of appeal for Canada must also be carefully considered. The Court must be sure that no attorney general has been denied the opportunity to address the constitutional question and that it is appropriate for decision by this Court. The burden is on the appellant to persuade the Court that, in light of all of the circumstances, it should exercise its discretion to hear and decide the issue. There is no assumption of an absence of prejudice. The Court's discretion to hear and decide new issues should only be exercised exceptionally and never unless the challenger shows that doing so causes no prejudice to the parties.

[24] There are many examples of the Court's practice reflecting this approach both before and after *Eaton*.

[25] The Court has adjudicated a constitutional issue despite notice not having been served at the court of first instance. For example, in *Bank of Montreal v. Hall* (1985), 46 Sask. R. 182, the Saskatchewan Court of Queen's Bench found that

the question as to the constitutional validity of s. 178(3) of the [*Banks and Banking Law Revision Act, 1980*, S.C. 1980-81-82-83, c. 40], and the question as to whether the relevant provisions of [*The Limitation of Civil Rights Act*, R.S.S. 1978, c. L-16] are *ultra vires* insofar as they might purport to affect chartered banks, are not questions which have been properly brought into issue in this case. [para. 12]

On appeal to this Court, despite the lack of notice of this constitutional question before the Court of Queen's Bench, this Court stated constitutional questions and decided the constitutionality of s. 178(3) of the *Banks and Banking Law Revision Act, 1980* and the related provisions of *The Limitation of Civil Rights Act*: [1990] 1 S.C.R. 121, at pp.152-53.

Cour, il convient en outre de se pencher attentivement sur le rôle particulier dévolu aux procureurs généraux dans le cadre d'un litige constitutionnel — d'où les dispositions en matière d'avis —, ainsi que sur la fonction unique qu'exerce la Cour à titre de cour d'appel de dernier ressort au Canada. La Cour doit être assurée qu'aucun procureur général ne s'est vu privé de la possibilité de s'exprimer sur la question constitutionnelle et que celle-ci se prête à un arrêt de sa part. Il incombe à l'appelant de la convaincre de l'opportunité, au vu de toutes les circonstances, d'examiner puis de trancher la question. L'absence de préjudice n'est pas présumée. La Cour ne doit exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui permet d'examiner puis de trancher une question nouvelle qu'à titre exceptionnel et jamais sans que le plaideur ne démontre que les parties n'en subiront pas un préjudice.

[24] De nombreuses décisions de la Cour, tant antérieures que postérieures à l'arrêt *Eaton*, illustrent cette approche.

[25] La Cour a déjà statué sur une question constitutionnelle malgré la non-signification d'un avis en première instance. Par exemple, dans *Bank of Montreal c. Hall* (1985), 46 Sask. R. 182, la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan avait conclu que

[TRADUCTION] la question de la validité constitutionnelle du par. 178(3) de la [*Loi de 1980 remaniant la législation bancaire*, L.C. 1980-81-82-83, c. 40] et celle de savoir si les dispositions pertinentes de la loi [*The Limitation of Civil Rights Act*, R.S.S. 1978, c. L-16] sont *ultra vires* dans la mesure où elles pourraient viser les banques à charte, n'ont pas été régulièrement soulevées dans la présente affaire. [par. 12]

En appel, notre Cour a formulé des questions constitutionnelles et statué sur la constitutionnalité du par. 178(3) de la *Loi de 1980 remaniant la législation bancaire* et des dispositions connexes contenues dans *The Limitation of Civil Rights Act* même si aucun avis de question constitutionnelle n'avait été signifié en Cour du Banc de la Reine ([1990] 1 R.C.S. 121, p. 152-153).

[26] In *Artell Developments Ltd. v. 677950 Ontario Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 443, Lamer C.J. stated a constitutional question and this Court went on to answer that question, despite the fact that the Ontario Court of Appeal had not considered any constitutional issues in its decision: (1992), 93 D.L.R. (4th) 334.

[27] In *Tseshaht v. British Columbia*, S.C.C., No. 23234, May 2, 1994 (S.C.C. Bulletin, 1994, at p. 756), the Court stated a constitutional question with respect to an issue not raised in the courts below and granted both parties *proprio motu* leave to adduce new evidence.¹

[28] In the companion cases of *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)*, 2004 SCC 20, [2004] 1 S.C.R. 498, and *Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 SCC 21, [2004] 1 S.C.R. 528, the Chief Justice stated constitutional questions and gave the parties leave to file supplementary evidence on legislative facts relevant to those questions even though the Ontario Court of Appeal's decisions in these matters had not dealt with constitutional issues: see (2001), 158 C.C.C. (3d) 325, and 2002 CanLII 16257 respectively.

[29] In *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, 2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302, as the respondent had not raised the constitutional question before the Federal Court of Appeal, the parties were informed that they could apply to adduce additional evidence in this Court: August 12, 2004, File No. 29956.

[30] Recently, in *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53, this Court considered the constitutional applicability and operability of Newfoundland and Labrador's *Workplace Health, Safety and Compensation Act*, R.S.N.L. 1990, c. W-11. Notice of the constitutional issue had not been given to the Attorney

[26] Dans le dossier *Artell Developments Ltd. c. 677950 Ontario Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 443, le juge en chef Lamer a formulé une question constitutionnelle à laquelle notre Cour a répondu même si l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario ne portait sur aucune question constitutionnelle ((1992), 93 D.L.R. (4th) 334).

[27] Dans *Tseshaht c. Colombie-Britannique*, C.S.C., n° 23234, 2 mai 1994 (Bulletin C.S.C., 1994, p. 756), la Cour a formulé une question constitutionnelle sur un point qui n'avait pas été soulevé devant les juridictions inférieures et, de son propre chef, elle a accordé aux deux parties l'autorisation de produire des éléments de preuve nouveaux¹.

[28] Dans les dossiers connexes *Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)*, 2004 CSC 20, [2004] 1 R.C.S. 498, et *Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 CSC 21, [2004] 1 R.C.S. 528, la Juge en chef a formulé des questions constitutionnelles et autorisé les parties à déposer des éléments de preuve supplémentaires sur des faits législatifs liés à ces questions, même si, dans les arrêts visés par les pourvois, la Cour d'appel de l'Ontario ne s'était prononcée sur aucune question constitutionnelle (voir respectivement (2001), 158 C.C.C. (3d) 325, et 2002 CanLII 16257).

[29] Dans le dossier *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302, l'intimée n'ayant pas soulevé la question constitutionnelle en Cour d'appel fédérale, les parties ont été informées qu'elles pouvaient demander l'autorisation de présenter des éléments de preuve supplémentaires devant notre Cour (12 août 2004, n° du greffe 29956).

[30] Récemment, dans *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53, les juges de notre Cour ont examiné l'applicabilité et l'effet, sur le plan constitutionnel, de la *Workplace Health, Safety and Compensation Act* de Terre-Neuve-et-Labrador, R.S.N.L. 1990, c. W-11. Le procureur général de ce

¹ The appeal was discontinued on March 21, 1995, and thus no judgment rendered: [1995] 1 S.C.R. xi.

¹ Il y a eu désistement le 21 mars 1995, de sorte qu'aucun jugement n'a été rendu ([1995] 1 R.C.S. xi).

General of Newfoundland and Labrador either at the hearing before the Workplace Health, Safety and Compensation Commission or in the trial court. Section 57 of the *Judicature Act*, R.S.N.L. 1990, c. J-4, provides that a constitutional challenge “shall not be heard until notice has been given to the Attorney General for Canada and to the Attorney General for the province”. The Court of Appeal for Newfoundland and Labrador determined that notice of the constitutional question should have been provided under s. 57, but that “failure to give the requisite notice in this case does not result in the court having to declare all previous proceedings a nullity because there is no prejudice to the Crown in proceeding to hear the appeal”: 2011 NLCA 42, 308 Nfld. & P.E.I.R. 1, at para. 23. We also note that, in that case, the Court of Appeal expressed the view that this Court’s decision in *Eaton* did not definitively decide the issue of the legal effect of failure to give notice: para. 45. In the end, the fact that there was no notice at first instance did not prevent this Court from stating constitutional questions and deciding them on the merits.

[31] Justices Abella and Wagner are of the view that *Penetanguishene*, *Pinet*, *Kirkbi*, and *Ryan Estate* are not authoritative on the issue of notice given that these cases are silent on why *Eaton* was not “followed”. In our view, the absence of any reference to *Eaton* in these cases is explained by the fact that *Eaton*, as we have explained, does not stand for the proposition that this Court cannot consider a constitutional issue unless it was properly raised in courts below. There was no need to consider, distinguish, or reverse *Eaton* in these cases.

[32] Further, the approach adopted by Abella and Wagner JJ. risks putting appellants at a disadvantage vis-à-vis respondents, given that the Court has previously held that respondents can raise and the Court can address on appeal new constitutional issues requiring notice. In *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, the respondents proposed a constitutional question that was not adjudicated in the

ressort n’avait reçu un avis de question constitutionnelle ni à l’audience devant la Workplace Health, Safety and Compensation Commission, ni dans le cadre de l’instance engagée devant la cour de justice de première instance. L’article 57 de la *Judicature Act*, R.S.N.L. 1990, c. J-4, dispose qu’une contestation constitutionnelle [TRADUCTION] « n’est entendue qu’une fois le procureur général du Canada et celui de la province informés au moyen d’un avis ». La Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador a estimé qu’un avis de question constitutionnelle aurait dû être donné selon l’art. 57, mais que [TRADUCTION] « l’omission de le donner en l’espèce n’a pas pour effet d’obliger la cour à déclarer nulles toutes les instances antérieures, car l’audition de l’appel n’inflige aucun préjudice à l’État » (2011 NLCA 42, 308 Nfld. & P.E.I.R. 1, par. 23). Nous signalons par ailleurs que, dans cette affaire, la Cour d’appel a estimé que l’arrêt *Eaton* ne statuait pas définitivement sur la question des conséquences juridiques de l’omission de l’avis (par. 45). Au final, le défaut d’avis en première instance n’a pas empêché notre Cour de formuler une question constitutionnelle et de statuer sur elle au fond.

[31] Les juges Abella et Wagner opinent que les arrêts *Penetanguishene*, *Pinet*, *Kirkbi* et *Ryan (Succession)* ne sont pas décisifs sur la question de l’avis parce que la Cour n’y indique pas les raisons pour lesquelles elle ne « suit » pas l’arrêt *Eaton*. Selon nous, si la Cour n’y fait pas mention de l’arrêt *Eaton*, c’est que, rappelons-le, ce dernier n’appuie pas l’idée que la Cour ne peut examiner une question constitutionnelle que si cette dernière a été régulièrement soulevée devant les juridictions inférieures. Point n’était donc besoin, dans ces arrêts, de considérer *Eaton*, de faire une distinction d’avec lui ou de l’infirmier.

[32] En outre, l’approche des juges Abella et Wagner risque de défavoriser la partie appelante par rapport à la partie intimée, car la Cour a déjà statué qu’un intimé peut soulever — et la Cour examiner en appel — une question nouvelle de nature constitutionnelle exigeant un avis. Dans l’affaire *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, les intimés ont soulevé une question constitutionnelle qui n’avait pas

courts below. Iacobucci J. found that wide latitude in formulating constitutional questions “is especially appropriate in a case like the present, where the motion to state constitutional questions was brought by the respondents: generally, a respondent may advance any argument on appeal that would support the judgment below” (para. 58). However, Iacobucci J. noted that this general rule is subject to the same limitation that applies to all new issues on appeal: “A respondent, like any other party, cannot rely upon an entirely new argument that would have required additional evidence to be adduced at trial . . .” (*ibid.* (citations omitted)). Thus, this Court may answer a constitutional question that was not even considered in the courts below. However, Abella and Wagner JJ. would prevent this Court from considering constitutional issues even where these issues *were* considered and extensively discussed by the courts below, as they were in this case.

[33] Beyond new constitutional questions proposed by parties, this Court has occasionally asked parties, prior to hearing an appeal, to address new constitutional issues. *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, is an example. In the lower courts, the case had been argued on the basis of ss. 15(1) and 25 of the *Charter*; the prosecution did not attempt to defend the law on the basis of s. 15(2). After leave was granted but before factums were filed, this Court asked that ss. 15(1), 15(2), and 25 be “fully canvassed” in written and oral submissions: December 15, 2006, File No. 31603. The Court ultimately found that s. 15(2) of the *Charter* protected the impugned communal fishing license program: see H. S. Brown, *Supreme Court of Canada Practice 2015* (15th ed. 2014), at pp. 374-75. While here s. 15(2) could presumably only be used to support the validity of legislation, this case demonstrates that this Court has taken the opportunity to raise constitutional issues notwithstanding that they were not raised in the courts below.

été tranchée par les juridictions inférieures. Le juge Iacobucci conclut qu’une grande latitude dans la formulation de questions constitutionnelles « est particulièrement pertinente dans une affaire comme celle qui nous occupe, où ce sont les intimés qui ont présenté la requête sollicitant la formulation des questions constitutionnelles. Généralement, l’intimé peut avancer, en appel, tout argument tendant à justifier la décision du tribunal d’instance inférieure » (par. 58). Il rappelle toutefois l’application d’une exception à toute question nouvelle soulevée en appel : « L’intimé, comme toute autre partie d’ailleurs, ne peut invoquer un argument entièrement nouveau qui aurait nécessité la production d’éléments de preuve additionnels au procès . . . » (*ibid.* (références omises)). Ainsi, notre Cour peut répondre à une question constitutionnelle que n’ont même pas examinée les juridictions inférieures. Or, la position des juges Abella et Wagner a pour effet d’empêcher la Cour d’examiner même les questions constitutionnelles qui *ont été* examinées et analysées en profondeur par les juridictions inférieures, comme cela a été le cas en l’espèce.

[33] Notre Cour a parfois demandé aux parties, avant l’audition d’un pourvoi, de s’exprimer sur d’autres questions constitutionnelles que celles qu’elles avaient soulevées. Elle l’a fait, par exemple, dans l’affaire *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483. Devant les juridictions inférieures, les plaidoiries avaient porté sur le par. 15(1) et l’art. 25 de la *Charte*; la poursuite n’avait pas tenté de défendre la mesure gouvernementale en invoquant le par. 15(2). Après l’autorisation du pourvoi, mais avant le dépôt des mémoires, la Cour avait demandé que les par. 15(1) et (2), ainsi que l’art. 25, soient [TRADUCTION] « analysés en profondeur » dans les plaidoiries écrites et orales (15 décembre 2006, n° du greffe 31603). Elle a finalement conclu que le par. 15(2) de la *Charte* protégeait le programme contesté de permis de pêche communautaire (voir H. S. Brown, *Supreme Court of Canada Practice 2015* (15^e éd. 2014), p. 374-375). Le paragraphe 15(2) ne pouvait vraisemblablement qu’étayer la validité de la disposition, mais il appert de cette affaire que notre Cour a saisi l’occasion de soulever des questions constitutionnelles qui ne l’avaient pas été devant les juridictions inférieures.

[34] In our view, this is a case in which our discretion to hear and decide the constitutional issue ought to be exercised in light of an analysis and weighing of a number of considerations.

[35] The issue raised on appeal is important to the administration of the *ITA* and it is in the public interest to decide it. There is no indication that any attorney general has suffered prejudice by having the question of the constitutionality of s. 163.2 of the *ITA* decided. The Attorney General of Canada does not assert that it would have adduced different evidence before the Tax Court had it received notice of the constitutional question in that court. In this Court, counsel for the respondent invoked Sopinka J.'s *obiter* remarks in *Eaton* that the absence of notice is inherently prejudicial in order to submit that, in the current case, there is prejudice to the public interest. As we have explained, the proper approach to the exercise of this Court's discretion is that if the challenger can demonstrate the absence of prejudice, it may, in appropriate circumstances, consider the new constitutional issue. On this point, counsel for the respondent candidly conceded that he could point to no actual prejudice in this case resulting from the absence of notice: transcript, at p. 48. All attorneys general were given notice of constitutional question in this Court. Two intervened, the attorneys general of Ontario and Quebec. Only the Attorney General of Quebec addressed the notice requirement, stating that the Tax Court of Canada should not have pronounced on the constitutional question, without commenting on this Court's jurisdiction to hear the matter: see I.F., at para. 10. No provincial or territorial attorney general suggested that he or she was deprived of the opportunity to adduce evidence or was prejudiced in any other way. No one has suggested that any additional evidence is required, let alone requested permission to supplement the record. The attorneys general of Ontario and of Quebec addressed the merits of the constitutional argument. We also have the benefit of fully developed reasons for judgment on the constitutional point in both of the courts below. Finally, there was no deliberate flouting of the notice requirement: the appellant advanced an arguable, although not ultimately successful, position

[34] Nous sommes d'avis qu'il convient, dans la présente espèce, d'exercer le pouvoir discrétionnaire qui nous permet d'examiner puis de trancher la question constitutionnelle après analyse et pondération d'un certain nombre de considérations.

[35] La question constitutionnelle soulevée importe pour l'administration de la *LIR* et le public a intérêt à ce qu'elle soit tranchée. Rien n'indique que l'un ou l'autre des procureurs généraux a subi un préjudice du fait que la Cour de l'impôt s'est prononcée sur la constitutionnalité de l'art. 163.2 de la *LIR*. Le procureur général du Canada ne prétend pas qu'il aurait offert une preuve différente devant la Cour de l'impôt s'il avait reçu un avis de la question constitutionnelle au préalable. Devant notre Cour, l'avocat de l'intimée renvoie aux remarques incidentes du juge Sopinka dans *Eaton* selon lesquelles l'absence d'avis constitue en soi un préjudice et soutient que, dans la présente affaire, l'intérêt public subit un préjudice. Rappelons qu'il convient d'exercer le pouvoir discrétionnaire qui permet à la Cour d'examiner une question nouvelle de nature constitutionnelle lorsque le plaideur établit l'absence de préjudice et que les circonstances s'y prêtent. Sur ce point, l'avocat de l'intimée reconnaît sans détour qu'il ne peut relever quelque préjudice effectivement causé par l'absence d'avis (transcription, p. 48). Les procureurs généraux ont tous reçu un avis de question constitutionnelle pour les besoins du pourvoi. Deux d'entre eux sont intervenus, soit ceux de l'Ontario et du Québec. La procureure générale du Québec est la seule à se prononcer sur l'exigence d'un avis; elle affirme que la Cour de l'impôt n'aurait pas dû statuer sur la question constitutionnelle, mais elle ne s'exprime pas sur la compétence de notre Cour de connaître de la question (voir son mémoire, par. 10). Nul procureur général d'une province ou d'un territoire ne laisse entendre qu'il a été privé de la possibilité de produire des éléments de preuve ou qu'il a subi un autre préjudice. Nul ne soutient qu'une preuve supplémentaire s'impose, sans compter qu'aucune demande d'autorisation d'étoffer la preuve n'a été présentée. Les procureurs généraux de l'Ontario et du Québec se sont exprimés sur le bien-fondé de l'argument constitutionnel. Nous disposons en outre des motifs de jugement détaillés des deux

that notice was not required in the circumstances of this case.

[36] We are struck by the enormous waste of judicial resources that would result from this Court declining to hear and decide the merits. As the Court pointed out in *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87, at para. 24, “undue process . . . with unnecessary expense and delay, can prevent the fair and just resolution of disputes” (emphasis in original). Insisting on the notice provision in the lower courts where, as here, it would serve no purpose to do so constitutes “undue process” and refusing to address the merits leaves the main issue unresolved after the expense and time devoted to it through three levels of court.

[37] We must respectfully indicate our disagreement with two specific contentions of Abella and Wagner JJ. They assert that since all constitutional issues are important, our approach would lead “essentially to entertaining all constitutional arguments raised in this Court for the first time”: para. 137. This is not the case: it ignores the other considerations relevant to the exercise of this Court’s discretion. History shows that this Court has only agreed to consider new constitutional issues in rare cases. While we agree that urgency may be a factor in deciding to hear a constitutional issue in this Court where no notice was served below, it is not the only consideration. The point is that all relevant considerations should be taken into account.

[38] Our colleagues also maintain, without any factual basis in the record and without any submission of this nature having been made, that Ms. Guindon failed to file notice “without explanation”, and sought to “evade” “the statutory

juridictions inférieures sur la question constitutionnelle. Enfin, nous n’avons pas affaire à une méconnaissance délibérée de l’exigence d’un avis : l’appelante a défendu, quoiqu’en vain, la thèse soutenable que l’avis n’était pas requis dans les circonstances de l’espèce.

[36] L’ampleur du gaspillage de ressources judiciaires qui résulterait du refus de la Cour de se prononcer au fond nous stupéfie. Comme le dit la Cour dans l’arrêt *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, par. 24, « les formalités excessives [. . .] occasionnant des dépenses et des délais inutiles peuvent *faire obstacle* au règlement juste et équitable des litiges » (en italique dans l’original). S’attacher au respect de la disposition qui prescrit l’avis devant les juridictions inférieures lorsque, comme en l’espèce, cela ne servirait à rien constitue une « formalité excessive », et refuser de statuer sur le fond laisse la principale question en litige en suspens malgré les frais engagés et le temps consacré dans le cadre de trois instances judiciaires.

[37] Soit dit en tout respect, nous devons exprimer notre désaccord avec deux affirmations des juges Abella et Wagner en particulier. Selon nos collègues, puisque toute question constitutionnelle revêt une importance, notre démarche « revient essentiellement à permettre l’examen de tout argument constitutionnel soulevé pour la première fois devant la Cour » (par. 137). Or, ce n’est pas le cas, car d’autres considérations jouent dans la décision de la Cour d’exercer ou non son pouvoir discrétionnaire. Dans le passé, ce n’est que rarement que la Cour a accepté d’examiner une question nouvelle de nature constitutionnelle. Nous convenons que l’urgence peut jouer dans la décision de la Cour d’entendre ou non une question constitutionnelle lorsqu’un avis n’a pas été signifié dans les instances antérieures, mais ce n’est pas la seule considération. En fait, toutes les considérations pertinentes doivent être prises en compte.

[38] Nos collègues estiment par ailleurs, sans éléments factuels à l’appui tirés du dossier et sans prétention en ce sens d’une partie, que M^{me} Guindon a omis de produire un avis « sans explication » et tenté de « se soustraire à l’obligation légale [. . .]

obligation . . . by advancing the excuse” of her notice argument by employing “linguistic tactics at the expense of the public interest”: paras. 94, 96, 97 and 136.

[39] Ms. Guindon did not fail to explain why she did not give notice. She advanced the argument that notice was not required and the Tax Court judge decided that issue. Bédard J. did not require notice of constitutional question to be served because he did not issue a declaration of invalidity following his conclusion that s. 163.2 constituted a criminal offence. Instead, he allowed the appeal and vacated the assessment. The learned Tax Court judge did not dismiss Ms. Guindon’s argument on the basis of “semantics”. The Federal Court of Appeal did not accept Ms. Guindon’s position on this point. But it devoted several paragraphs of its judgment to the issue and did not characterize Ms. Guindon’s position as merely “linguistic” or as an attempt to “evade” the notice requirement. No party or intervenor at any point has advanced the interpretation of Ms. Guindon’s conduct on which our colleagues rely and there is no support for it — none — in the record.

[40] We will now proceed to address the constitutional issue.

B. *Merits*

(1) Overview

[41] The substantive issue in this appeal is whether Ms. Guindon, by virtue of having been assessed a penalty under s. 163.2 of the *ITA*, is a “person charged with an offence” within the meaning of s. 11 of the *Charter*. If she is, then either she is entitled to the numerous protections accorded by that section or, if s. 163.2 cannot be read as providing for those protections, it would be constitutionally invalid. The basic question is whether, as Ms. Guindon submits, s. 163.2 creates “an offence” for the purposes of s. 11 and the answer depends, as we shall explain, on whether s. 163.2 is criminal in nature or provides for

en faisant valoir » sa thèse relative à l’avis par le recours à « une stratégie d’ordre linguistique au détriment de l’intérêt public » (par. 94, 96, 97 et 136).

[39] M^{me} Guindon n’a pas omis de préciser pourquoi elle n’avait pas donné d’avis. Elle a soutenu que l’avis n’était pas requis et que le juge de la Cour de l’impôt avait statué sur ce point. Le juge Bédard n’exige pas la signification d’un avis de question constitutionnelle puisqu’il n’invalide pas l’art. 163.2 après avoir conclu qu’il crée une infraction criminelle. Il accueille plutôt l’appel et annule la cotisation. Il n’écarte pas la thèse de M^{me} Guindon pour des motifs d’ordre « sémantique ». La Cour d’appel fédérale ne convient pas avec M^{me} Guindon de la non-exigence de l’avis. Elle consacre toutefois quelques paragraphes de ses motifs à la question et elle ne qualifie pas le point de vue de M^{me} Guindon de purement « sémantique » ou de tentative de « se soustraire » à l’exigence d’un avis. Aucune des parties et aucun des intervenants n’a fait valoir, à quelque étape, l’interprétation que font nos collègues des actes de M^{me} Guindon, et le dossier ne renferme pas d’élément — aucun — qui milite en faveur de cette interprétation.

[40] Passons maintenant à l’examen de la question constitutionnelle.

B. *Fond*

(1) Aperçu

[41] La question de fond qui se pose en l’espèce est celle de savoir si M^{me} Guindon, parce qu’elle s’est vu infliger une pénalité en application de l’art. 163.2 de la *LIR*, est une « inculpé[e] » au sens de l’art. 11 de la *Charte*. Si tel est le cas, soit elle a droit aux nombreuses protections garanties par cet article, soit l’art. 163.2 est inconstitutionnel s’il ne peut être interprété comme offrant ces protections. Fondamentalement, il faut se demander si, comme le soutient M^{me} Guindon, l’art. 163.2 crée « une infraction » pour les besoins de l’art. 11. Comme nous l’expliquons plus loin, la réponse dépend de ce que

true penal consequences. In our view, neither is the case and s. 11 does not apply to these proceedings.

[42] We will first set out a brief overview of the legal principles, consider and reject some criticisms of this framework and then apply the principles to s. 163.2.

- (2) Wigglesworth and Martineau Set Out the Tests to Determine Whether Section 11 of the Charter Is Engaged

[43] Section 11 of the *Charter* provides:

11. Any person charged with an offence has the right

(a) to be informed without unreasonable delay of the specific offence;

(b) to be tried within a reasonable time;

(c) not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence;

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

(e) not to be denied reasonable bail without just cause;

(f) except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal, to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment;

(g) not to be found guilty on account of any act or omission unless, at the time of the act or omission, it constituted an offence under Canadian or international law or was criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations;

(h) if finally acquitted of the offence, not to be tried for it again and, if finally found guilty and punished

l'art. 163.2 est de nature criminelle ou non ou de ce qu'il a de véritables conséquences pénales ou non. À notre sens, la réponse est négative dans les deux cas, de sorte que l'art. 11 ne s'applique pas.

[42] Nous faisons d'abord état brièvement des principes juridiques applicables, nous rejetons ensuite, après examen, certaines critiques du cadre qu'ils établissent et, enfin, nous appliquons les principes à l'art. 163.2.

- (2) Les arrêts Wigglesworth et Martineau établissent les critères qui permettent de décider de l'applicabilité de l'art. 11 de la Charte

[43] L'article 11 de la *Charte* dispose ce qui suit :

11. Tout inculpé a le droit :

a) d'être informé sans délai anormal de l'infraction précise qu'on lui reproche;

b) d'être jugé dans un délai raisonnable;

c) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche;

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

e) de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable;

f) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

g) de ne pas être déclaré coupable en raison d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction d'après le droit interne du Canada ou le droit international et n'avait pas de caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations;

h) d'une part de ne pas être jugé de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement acquitté, d'autre

for the offence, not to be tried or punished for it again; and

(i) if found guilty of the offence and if the punishment for the offence has been varied between the time of commission and the time of sentencing, to the benefit of the lesser punishment.

[44] This Court has deliberately adopted a “somewhat narrow definition of the opening words of s. 11” in order to avoid having to craft differing levels of protection under s. 11 for different sorts of proceedings: *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, at p. 558. The Court has also acknowledged the difficulty in formulating a precise test to identify particular proceedings which give rise to s. 11 protections: see p. 559. Section 11 protections are available to those charged with criminal offences, not those subject to administrative sanctions: see *Wigglesworth*, at p. 554; *Martineau v. M.N.R.*, 2004 SCC 81, [2004] 3 S.C.R. 737, at para. 19. The two parts test for determining which statutory infractions are criminal offences and which are administrative penalties was set out in *Wigglesworth*, at pp. 559-62. Additional analytical criteria were subsequently elaborated in *Martineau*, at paras. 19-24 and 57. As will be explained, an individual is entitled to the procedural protections of s. 11 of the *Charter* where the proceeding is, by its very nature, criminal, or where a “true penal consequence” flows from the sanction.

[45] A proceeding is criminal by its very nature when it is aimed at promoting public order and welfare within a public sphere of activity. Proceedings of an administrative nature, on the other hand, are primarily intended to maintain compliance or to regulate conduct within a limited sphere of activity: see *Martineau*, at paras. 21-22; *Wigglesworth*, at p. 560. The focus of the inquiry is not on the nature of the act which is the subject of the proceedings, but on the nature of the proceedings themselves, taking into account their purpose as well as their procedure: *Martineau*, at paras. 24 and 28-32; *R. v. Shubley*, [1990] 1 S.C.R. 3, at pp. 18-19.

part de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni;

i) de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l’infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence.

[44] Notre Cour a délibérément retenu une « définition quelque peu restreinte de la disposition liminaire de l’art. 11 » afin de ne pas devoir établir au titre de cette disposition différents degrés de protection pour différents types de procédure (*R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, p. 558). La Cour a aussi reconnu la difficulté de formuler un critère précis pour déterminer si une procédure en particulier donne lieu ou non à l’application des protections de l’art. 11 (voir p. 559). Ces protections peuvent bénéficier à celui qui est accusé d’une infraction criminelle, mais pas à celui qui fait l’objet d’une sanction administrative (voir *Wigglesworth*, p. 554; *Martineau c. M.R.N.*, 2004 CSC 81, [2004] 3 R.C.S. 737, par. 19). Le critère à deux volets qui permet de discerner parmi les contraventions à une loi celles qui sont de nature criminelle et celles qui sont de nature administrative a été énoncé dans l’arrêt *Wigglesworth*, p. 559-562. D’autres critères analytiques se sont ajoutés dans l’arrêt *Martineau*, par. 19-24 et 57. Comme nous l’expliquons plus loin, une personne a droit aux protections procédurales de l’art. 11 de la *Charte* lorsque, de par sa nature même, la procédure est criminelle, ou lorsqu’une « véritable conséquence pénale » découle de la sanction.

[45] Une procédure est criminelle de par sa nature même lorsqu’elle vise à promouvoir l’ordre et le bien-être publics dans une sphère d’activité publique. Par contre, une procédure est de nature administrative lorsqu’elle vise principalement l’observation de règles ou la réglementation de la conduite dans une sphère d’activité limitée (voir *Martineau*, par. 21-22; *Wigglesworth*, p. 560). Il ne faut pas s’attacher à la nature de l’acte qui est à l’origine de la procédure, mais bien à la nature de la procédure comme telle, compte tenu de son objectif et de ses modalités (*Martineau*, par. 24 et 28-32; *R. c. Shubley*, [1990] 1 R.C.S. 3, p. 18-19). Une

Proceedings have a criminal purpose when they seek to bring the subject of the proceedings “to account to society” for conduct “violating the public interest”: *Shubley*, at p. 20.

[46] A “true penal consequence” is “imprisonment or a fine which by its magnitude would appear to be imposed for the purpose of redressing the wrong done to society at large rather than to the maintenance of internal discipline within [a] limited sphere of activity”: *Wigglesworth*, at p. 561; see also *Martineau*, at para. 57. There is inevitably some overlap between the analysis of the purpose of the scheme and the purpose of the sanction, but the jurisprudence has looked at both separately to the extent that is possible, recognizing that the proceeding will be an offence for s. 11 purposes if it meets either branch of the test, and that situations in which a proceeding meets one but not both branches will be rare: *ibid.*

[47] We will elaborate these principles further as we apply them to the provision in issue here. But first we turn to consider some of the criticisms of this approach to the analysis.

(3) Criticisms of the *Wigglesworth/Martineau* Tests

[48] The *Wigglesworth/Martineau* tests have been subject to criticism. It has been said that the distinction between the criminal in nature and true penal consequence tests is unclear, the reasoning is circular, or the tests cannot properly account for the particular context of modern administrative monetary penalties. (See, e.g., D. McLeod, “Facing the Consequences: Should the *Charter* Apply to Administrative Proceedings Involving Monetary Penalties?” (2012), 30 *N.J.C.L.* 59; factum of the intervener the Canadian Constitution Foundation (“CCF”); S. Aylward and L. Ritacca, “In Defence of Administrative Law: Procedural Fairness for Administrative Monetary Penalties” (2015), 28 *C.J.A.L.P.* 35.)

procédure a un objectif criminel lorsqu’elle vise à amener la personne en cause « à rendre compte à la société » d’une conduite « contraire à l’intérêt public » (*Shubley*, p. 20).

[46] Une « véritable conséquence pénale » s’entend de « l’emprisonnement ou [de l’]amende qui par son importance semblerait imposée dans le but de réparer le tort causé à la société en général plutôt que pour maintenir la discipline à l’intérieur d’une sphère d’activité limitée » (*Wigglesworth*, p. 561; voir aussi *Martineau*, par. 57). Il existe inévitablement un certain chevauchement entre le régime et la sanction lorsqu’il s’agit d’analyser leur objet respectif, mais les tribunaux ont examiné les deux séparément dans la mesure du possible et reconnu que la procédure est pénale pour l’application de l’art. 11 lorsqu’elle satisfait à l’un ou l’autre des volets du critère, et que rares sont les situations dans lesquelles il est satisfait à l’un mais non aux deux volets (*ibid.*).

[47] Nous reviendrons plus en détail sur ces principes lorsque nous les appliquerons à la disposition considérée en l’espèce. Examinons d’abord certaines des critiques de cette démarche analytique.

(3) Critiques des critères issus des arrêts *Wigglesworth* et *Martineau*

[48] Les critères issus des arrêts *Wigglesworth* et *Martineau* ont fait l’objet de critiques. D’aucuns ont dit que la distinction entre le critère de la nature criminelle et celui de la véritable conséquence pénale n’était pas claire, que le raisonnement était circulaire ou que les critères ne permettaient pas de bien tenir compte du contexte particulier des sanctions pécuniaires administratives qui sont infligées de nos jours. (Voir p. ex. D. McLeod, « Facing the Consequences : Should the *Charter* Apply to Administrative Proceedings Involving Monetary Penalties? » (2012), 30 *R.N.D.C.* 59; mémoire de l’intervenante Canadian Constitution Foundation (« CCF »); S. Aylward et L. Ritacca, « In Defence of Administrative Law : Procedural Fairness for Administrative Monetary Penalties » (2015), 28 *R.C.D.A.P.* 35.)

[49] When the criminal in nature test is understood as considering only the nature of the proceedings, the independent value of each test becomes clear. The criminal in nature test identifies provisions that are criminal because Parliament or the legislature has provided for proceedings whose attributes and purpose show that the penalty is to be imposed via criminal proceedings. The true penal consequence test, on the other hand, looks at whether an ostensibly administrative or regulatory provision nonetheless engages s. 11 of the *Charter* because it may result in punitive consequences. While there is inevitably some overlap in the analysis, the important thing is to consider all relevant factors, acknowledging that only rarely, as in *Wigglesworth*, will the two branches of the test lead to different conclusions.

[50] Moreover, the analysis is not circular: both tests ask distinct questions that evaluate the two different ways in which a provision could be a criminal offence for the purpose of s. 11. The criminal in nature test focuses on the process while the penal consequences test focuses on its potential impact on the person subject to the proceeding.

(4) Is the Proceeding Under Section 163.2 “Criminal in Nature”?

(a) *Principles*

[51] The criminal in nature test asks whether the proceedings by which a penalty is imposed are criminal. The test is not concerned with the nature of the underlying act. As Wilson J. stated in *Wigglesworth*, the test is whether a matter “fall[s] within s. 11 . . . because by its very nature it is a criminal proceeding”: p. 559 (emphasis added). This was confirmed in *Shubley*, at pp. 18-19, where McLachlin J. (as she then was) stated explicitly: “The question of whether proceedings are criminal in nature is concerned not with the nature of the act

[49] Lorsque l’on considère que le critère de la nature criminelle ne s’intéresse qu’à la procédure, la fonction propre à chacun des critères devient évidente. Le critère de la nature criminelle permet de circonscrire les dispositions qui sont de nature criminelle du fait que le Parlement ou la législature a établi une procédure dont les attributs et l’objet montrent que la sanction est infligée à l’issue d’une procédure de nature criminelle. Par contre, le critère de la véritable conséquence pénale consiste à se demander si une disposition d’apparence administrative ou réglementaire donne néanmoins droit aux protections de l’art. 11 de la *Charte* parce que son application peut entraîner une conséquence pénale. Un certain chevauchement est inévitable, mais il importe de prendre en compte toutes les considérations pertinentes et de se rappeler que les deux volets du critère ne conduisent que rarement à des conclusions différentes (comme dans *Wigglesworth*).

[50] De plus, l’analyse n’est pas circulaire : les deux critères appellent des questions distinctes qui apprécient les deux manières différentes dont une disposition pourrait créer une infraction criminelle pour l’application de l’art. 11. Le critère de la nature criminelle s’attache au processus, alors que celui de la conséquence pénale se focalise sur l’effet possible de la disposition sur la personne visée par la procédure.

(4) La procédure prévue à l’art. 163.2 est-elle « de nature criminelle »?

a) *Principles*

[51] Pour appliquer le critère de la nature criminelle il faut se demander si la procédure par laquelle une sanction est infligée est criminelle, peu importe la nature de l’acte sous-jacent. Comme le dit la juge Wilson dans l’arrêt *Wigglesworth*, la question est celle de savoir si l’affaire « rel[ève] de l’art. 11 [. . .] parce que, de par sa nature même, il s’agit d’une procédure criminelle » (p. 559 (nous soulignons)). La Cour le confirme dans l’arrêt *Shubley*, p. 18-19, où la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) affirme sans ambages que « [l]a

which gave rise to the proceedings, but the nature of the proceedings themselves” (emphasis added). Fish J., writing for the Court in *Martineau*, reaffirmed the conclusion in *Shubley* that the criminal in nature test is concerned solely with the proceedings themselves: see paras. 18-19. The text of s. 11 supports this conclusion. As Wilson J. noted in *Wigglesworth*:

Section 11 contains terms which are classically associated with criminal proceedings: “tried”, “presumed innocent until proven guilty”, “reasonable bail”, “punishment for the offence”, “acquitted of the offence” and “found guilty of the offence”. Indeed, some of the rights guaranteed in s. 11 would seem to have no meaning outside the criminal or quasi-criminal context. [p. 555]

[52] Various indicia are useful in determining whether the proceedings are criminal in nature. Fish J., in finding that the civil forfeiture provision at issue in *Martineau* was not criminal in nature, observed that three criteria may be helpful in reviewing the case law in relation to the nature of the proceeding: the objectives of the legislation, the objectives of the sanction and the process leading to the imposition of the sanction (para. 24). This case deals with an administrative monetary penalty, not a civil collection mechanism as was the case in *Martineau*, and the analysis of the objectives of the sanction must be undertaken as part of considering whether the sanction is a true penal consequence. In order to avoid unnecessary repetition, we find it convenient to consider the first and last of these criteria here but leave consideration of the objectives of the sanction until we address the question of whether the sanction is a true penal consequence. We will look at how these criteria relate to the proceeding under s. 163.2 in turn.

détermination du caractère criminel des procédures dépend non pas de la nature de l’acte qui est à l’origine de ces procédures, mais de la nature des procédures elles-mêmes » (nous soulignons). Dans l’arrêt *Martineau*, le juge Fish, au nom de la Cour, reprend à son compte la conclusion tirée dans l’arrêt *Shubley*, à savoir que le critère de la nature criminelle s’intéresse uniquement à la procédure comme telle (voir par. 18-19). Le texte de l’art. 11 appuie d’ailleurs cette conclusion. Comme le fait remarquer la juge Wilson dans l’arrêt *Wigglesworth* :

L’article 11 contient des termes habituellement associés aux procédures criminelles : « jugé », « présumé innocent tant qu’il n’est pas déclaré coupable », « cautionnement raisonnable », « peine [. . .] prévue pour l’infraction », « acquitté [. . .] [d’]une infraction » et « infraction dont il est déclaré coupable ». En fait, certains des droits que garantit l’art. 11 sembleraient n’avoir aucune signification hors du contexte criminel ou quasi criminel. [p. 555]

[52] Divers indices permettent d’établir qu’une procédure est de nature criminelle ou non. Lorsqu’il conclut que la disposition en cause prévoyant la confiscation administrative n’est pas de nature criminelle, le juge Fish fait observer que trois considérations peuvent être utiles dans l’examen de la jurisprudence relative à la nature d’une procédure : l’objet de la loi, l’objectif de la sanction et le processus menant à la sanction (par. 24). Nous avons affaire en l’espèce à une sanction pécuniaire administrative, non à une mesure administrative de recouvrement comme dans *Martineau*, et les objectifs de la sanction doivent être analysés en fonction de la question de savoir si la sanction constitue ou non une véritable conséquence pénale. Pour éviter toute répétition inutile, il convient de se pencher sur la première et la dernière considérations à ce stade, puis sur l’objectif de la sanction au moment de se demander si celle-ci constitue une véritable conséquence pénale. Nous verrons comment chacune de ces considérations se rattache à la procédure découlant de l’art. 163.2.

(b) *Application*(i) The Legislative Scheme and the Provision in Issue

[53] The question is whether the objectives of the proceedings, examined in their full legislative context, have a regulatory or a penal purpose. As Wilson J. put it in *Wigglesworth*, “if a particular matter is of a public nature, intended to promote public order and welfare within a public sphere of activity, then that matter is the kind of matter which falls within s. 11”: p. 560. She noted, by way of example, that proceedings of an “administrative nature instituted for the protection of the public in accordance with the policy of a statute” or which impose disqualifications “as part of a scheme for regulating an activity in order to protect the public” are generally not the sort of proceedings that engage s. 11: *ibid.*

[54] The *ITA* is “a self-reporting and self-assessing [scheme] which depends upon the honesty and integrity of the taxpayers for its success” in order to carry out its ultimate purpose, the raising of government revenues: *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, at p. 636. Nonetheless, it contains a number of enforcement measures, including both civil and criminal penalties. Civil penalties are found in Part I, Division I, of the *ITA*, “Returns, Assessments, Payment and Appeals” and are assessed by the Canada Revenue Agency (“CRA”). Criminal offences, on the other hand, are found in Part XV, “Administration and Enforcement” and are prosecuted before a court of criminal jurisdiction.

[55] This appeal focuses on s. 163.2 of the *ITA*. Enacted in 2000, it contains two administrative penalties: the “planner penalty” in subs. (2) and the “preparer penalty” in subs. (4). The planner penalty is not at issue in this appeal. The preparer penalty reads:

b) *Application*(i) Le régime législatif et la disposition en cause

[53] La question qui se pose est celle de savoir si l’objectif d’une procédure, considéré dans son contexte législatif global, est de nature réglementaire ou pénale. Comme le souligne la juge Wilson dans l’arrêt *Wigglesworth*, « si une affaire en particulier est de nature publique et vise à promouvoir l’ordre et le bien-être publics dans une sphère d’activité publique, alors cette affaire est du genre de celles qui relèvent de l’art. 11 » (p. 560). Elle fait remarquer à l’aide d’un exemple que les procédures « de nature administrative engagées pour protéger le public conformément à la politique générale d’une loi » ou qui imposent des disqualifications « dans le cadre d’un régime de réglementation d’une activité visant à protéger le public » ne sont généralement pas de celles qui emportent l’application de l’art. 11 (*ibid.*).

[54] La *LIR* est « un régime d’auto-déclaration et d’auto-cotisation dont le succès repose sur l’honnêteté et l’intégrité des contribuables », son but ultime étant l’obtention de recettes par l’État (*R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, p. 636). Néanmoins, elle prévoit un certain nombre de mesures d’exécution, y compris des sanctions de nature tant administrative que criminelle. Les sanctions de nature administrative se trouvent dans la partie I, section I, de la *LIR*, « Déclarations, cotisations, paiement et appels », et elles font l’objet de cotisations établies par l’Agence du revenu du Canada (« ARC »). Les sanctions criminelles figurent pour leur part à la partie XV intitulée « Application et exécution », et les contrevenants sont poursuivis devant une cour de juridiction criminelle.

[55] Le pourvoi porte essentiellement sur l’art. 163.2 de la *LIR*. Édité en 2000, cet article prévoit deux sanctions administratives, l’une infligée au planificateur (par. (2)), l’autre au spécialiste en déclarations (par. (4)). La « pénalité du planificateur » n’est pas en cause en l’espèce. Le texte de la disposition qui prévoit la « pénalité du spécialiste en déclarations » est le suivant :

(4) Every person who makes, or participates in, assents to or acquiesces in the making of, a statement to, or by or on behalf of, another person (in this subsection, subsections (5) and (6), paragraph (12)(c) and subsection (15) referred to as the “other person”) that the person knows, or would reasonably be expected to know but for circumstances amounting to culpable conduct, is a false statement that could be used by or on behalf of the other person for a purpose of this Act is liable to a penalty in respect of the false statement.

[56] The CRA explains that the preparer penalty is intended to apply when an individual has made, participated in, assented to, or acquiesced in the making of a false statement. A specific person who could use the false statement must be identified (the provision uses the term “the other person”). According to the CRA, the penalty could apply, for example, to an individual preparing a fraudulent tax return for or providing deceptive tax advice to a specific taxpayer. (See CRA’s information circular IC 01-1, “Third-Party Civil Penalties” (September 18, 2001 (online)), at paras. 6-7 and 9.)

[57] The preparer penalty is narrow: the false statement must be made knowingly or in circumstances amounting to culpable conduct. Culpable conduct is defined in s. 163.2(1) as

conduct, whether an act or a failure to act, that

- (a) is tantamount to intentional conduct;
- (b) shows an indifference as to whether this Act is complied with; or
- (c) shows a wilful, reckless or wanton disregard of the law.

[58] This is clearly a high standard. “[W]ilful, reckless or wanton disregard of the law” refers to concepts well known to the law, commonly encountered as degrees of *mens rea* in criminal law: see, e.g., K. Roach, *Criminal Law* (5th ed. 2012), at pp. 180-84 and 191-92. The use of such terms

(4) La personne qui fait un énoncé à une autre personne ou qui participe, consent ou acquiesce à un énoncé fait par une autre personne, ou pour son compte, (ces autres personnes étant appelées « autre personne » au présent paragraphe, aux paragraphes (5) et (6), à l’alinéa (12)c) et au paragraphe (15)) dont elle sait ou aurait vraisemblablement su, n’eût été de circonstances équivalant à une conduite coupable, qu’il constitue un faux énoncé qui pourrait être utilisé par l’autre personne, ou pour son compte, à une fin quelconque de la présente loi est passible d’une pénalité relativement au faux énoncé.

[56] L’ARC explique que la pénalité du spécialiste en déclarations est censée s’appliquer lorsqu’une personne a fait un faux énoncé ou a participé, consenti ou acquiescé à un faux énoncé fait par une autre personne. L’identité de la personne qui pourrait utiliser le faux énoncé doit être déterminée, car la disposition emploie l’expression « l’autre personne ». Selon l’ARC, la pénalité pourrait être infligée, par exemple, à une personne qui a préparé une déclaration de revenus frauduleuse pour un contribuable en particulier ou qui a fourni à ce dernier des conseils fiscaux trompeurs. (Voir la circulaire d’information IC 01-1 de l’ARC intitulée « Pénalités administratives imposées à des tiers » (18 septembre 2001 (en ligne)), par. 6-7 et 9.)

[57] Le champ d’application de la pénalité du spécialiste en déclarations est restreint : le faux énoncé doit avoir été fait sciemment ou dans des circonstances équivalant à une conduite coupable, laquelle est définie comme suit au par. 163.2(1) :

Conduite — action ou défaut d’agir — qui, selon le cas :

- a) équivaut à une conduite intentionnelle;
- b) montre une indifférence quant à l’observation de la présente loi;
- c) montre une insouciance délibérée, déréglée ou téméraire à l’égard de la loi.

[58] Il s’agit clairement d’une norme stricte. L’expression « insouciance délibérée, déréglée ou téméraire à l’égard de la loi » renvoie à des notions juridiques bien connues qui correspondent généralement à des degrés de *mens rea* en droit criminel (voir p. ex. K. Roach, *Criminal Law* (5^e éd. 2012),

evinces a clear intention that “culpable conduct” be a more exacting standard than simple negligence.

[59] The expressions “shows an indifference as to whether this Act is complied with” and “tantamount to intentional conduct” originated in the jurisprudence on the gross negligence penalty applicable directly to taxpayers in s. 163(2) of the *ITA*, which states:

(2) Every person who, knowingly, or under circumstances amounting to gross negligence, has made or has participated in, assented to or acquiesced in the making of, a false statement or omission in a return, form, certificate, statement or answer (in this section referred to as a “return”) filed or made in respect of a taxation year for the purposes of this Act, is liable to a penalty of . . . [Penalty calculations omitted.]

[60] The Minister states in her factum that “culpable conduct” in s. 163.2 of the *ITA* “was not intended to be different from the gross negligence standard in s. 163(2)”: para. 79. The Federal Court in *Venne v. The Queen*, [1984] C.T.C. 223 (T.D.), in the context of a s. 163(2) penalty, explained that “an indifference as to whether the law is complied with” is more than simple carelessness or negligence; it involves “a high degree of negligence tantamount to intentional acting”: p. 234. It is akin to burying one’s head in the sand: *Sirois (L.C.) v. Canada*, 1995 CarswellNat 555 (WL Can.) (T.C.C.), at para. 13; *Keller v. Canada*, 1995 CarswellNat 569 (WL Can.) (T.C.C.). The Tax Court in *Sidhu v. R.*, 2004 TCC 174, [2004] 2 C.T.C. 3167, explaining the decision in *Venne*, elaborated on expressions “tantamount to intentional conduct” and “shows an indifference as to whether this Act is complied with”:

Actions “tantamount” to intentional actions are actions from which an imputed intention can be found such as actions demonstrating “an indifference as to whether the law is complied with or not”. . . . The burden here is not to prove, beyond a reasonable doubt, *mens rea* to evade taxes. The burden is to prove on a balance of probability

p. 180-184 et 191-192). L’emploi de tels termes traduit l’intention évidente de faire en sorte que la « conduite coupable » commande l’application d’une norme plus stricte que ne le fait la simple négligence.

[59] Les expressions « montre une indifférence quant à l’observation de la présente loi » et « équivaut à une conduite intentionnelle » tirent leur origine de la jurisprudence sur la pénalité pour faute lourde qui s’applique directement au contribuable suivant le par. 163(2) de la *LIR*, lequel dispose :

(2) Toute personne qui, sciemment ou dans des circonstances équivalant à faute lourde, fait un faux énoncé ou une omission dans une déclaration, un formulaire, un certificat, un état ou une réponse (appelé « déclaration » au présent article) rempli, produit ou présenté, selon le cas, pour une année d’imposition pour l’application de la présente loi, ou y participe, y consent ou y acquiesce est passible d’une pénalité . . . [Calcul du montant de la pénalité omis.]

[60] Dans son mémoire, la ministre soutient que la « conduite coupable » visée à l’art. 163.2 de la *LIR* [TRADUCTION] « n’est pas censée différer de la faute lourde et de la norme qui s’y rattache au par. 163(2) » (par. 79). Dans *Venne c. Canada (ministre du Revenu national — M.R.N.)*, [1984] A.C.F. n° 314 (QL) (1^{re} inst.), une affaire relative à la pénalité prévue au par. 163(2), la Cour fédérale explique qu’« une indifférence au respect de la Loi » ne s’entend pas que d’une simple inattention ou négligence; elle suppose « un degré important de négligence qui corresponde à une action délibérée » (p. 11). Cela s’apparente en somme à faire l’autruche (*Sirois (L.C.) c. Canada*, 1995 CarswellNat 1974 (WL Can.) (C.C.I.), par. 13; *Keller c. Canada*, 1995 CarswellNat 569 (WL Can.) (C.C.I.)). Dans *Sidhu c. La Reine*, 2004 CCI 174, la Cour canadienne de l’impôt, pour expliquer sa décision dans *Venne*, développe les expressions « équivaut à une conduite intentionnelle » et « montre une indifférence quant à l’observation de la présente loi » :

Les actions « qui correspondent » à des actions réalisées intentionnellement sont celles pour lesquelles on peut présumer une intention, comme les actions qui démontrent « une indifférence au respect de la Loi ». [. . .] Le fardeau de la preuve ne consiste pas à prouver au-delà du doute raisonnable l’intention coupable de se

such an indifference to appropriate and reasonable diligence in a self-assessing system as belies or offends common sense. [para. 23]

[61] Therefore, while there has been debate as to the scope of “culpable conduct” (as argued before the Tax Court in this matter), the standard must be at least as high as gross negligence under s. 163(2) of the *ITA*. The third party penalties are meant to capture serious conduct, not ordinary negligence or simple mistakes on the part of a tax preparer or planner.

[62] We can conclude that the purpose of this proceeding is to promote honesty and deter gross negligence, or worse, on the part of preparers, qualities that are essential to the self-reporting system of income taxation assessment.

(ii) The Process

[63] With respect to the process, the heart of the analysis is concerned with the extent to which it bears the traditional hallmarks of a criminal proceeding. Fish J. referred to some of the relevant considerations in *Martineau*, including whether the process involved the laying of a charge, an arrest, a summons to appear before a court of criminal jurisdiction, and whether a finding of responsibility leads to a criminal record: para. 45. The use of words traditionally associated with the criminal process, such as “guilt”, “acquittal”, “indictment”, “summary conviction”, “prosecution”, and “accused”, can be a helpful indication as to whether a provision refers to criminal proceedings.

[64] The fact that the penalty is imposed by a judge in a criminal court is, of course, another sign that the offence is criminal in nature. But whether a proceeding is criminal by nature does not depend on the actual penalty imposed. For example, parking tickets can involve relatively small fines,

soustraire au paiement de l’impôt, mais à prouver selon la prépondérance des probabilités une telle indifférence à l’égard de la diligence appropriée et raisonnable dans le contexte d’un système d’autocotisation qui contredit et insulte le sens commun. [par. 23 (CanLII)]

[61] Par conséquent, bien que la portée de la définition de « conduite coupable » soit objet de débats (comme on l’a plaidé devant la Cour de l’impôt dans la présente affaire), la norme appliquée doit être au moins aussi stricte que pour la faute lourde au titre du par. 163(2) de la *LIR*. La pénalité infligée au tiers vise à sanctionner une conduite grave, non la négligence ordinaire ou la simple erreur du spécialiste en déclarations ou du planificateur.

[62] Nous pouvons conclure que l’objectif de la procédure en cause est de promouvoir l’honnêteté des spécialistes en déclarations et de les dissuader de commettre une faute lourde ou un acte encore plus grave, ce qui est essentiel dans le cadre d’un système d’autocotisation.

(ii) Le processus

[63] En ce qui a trait au processus, la question est foncièrement celle de savoir dans quelle mesure il présente les caractéristiques habituelles d’une procédure criminelle. Dans l’arrêt *Martineau*, le juge Fish mentionne certaines des considérations pertinentes, dont celle de savoir si le processus comprend le dépôt d’une accusation, une arrestation ou une assignation à comparaître devant une cour de juridiction criminelle, et celle de savoir si une conclusion de responsabilité conduit à un casier judiciaire (par. 45). L’emploi de termes habituellement liés au processus criminel, tels que « culpabilité », « acquittement », « acte d’accusation », « déclaration de culpabilité par procédure sommaire », « poursuivant » et « accusé » peut constituer une indication utile pour déterminer si une disposition renvoie à une procédure criminelle.

[64] Évidemment, l’infliction de la sanction par une cour criminelle tend également à indiquer que l’infraction est de nature criminelle. Or, la nature criminelle d’une procédure ne dépend pas de la sanction effectivement infligée. Par exemple, une contravention pour stationnement illégal peut

but where they are imposed in conformity with the general criminal process (e.g. pleading guilty or contesting the fine before a judge, prosecution by a Crown attorney), s. 11 rights apply: *Wigglesworth*, at para. 559. Offences in the *Criminal Code*, the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1, the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, and quasi-criminal offences under provincial legislation are the type of proceedings which are criminal in nature: see the *Constitution Act, 1867*, s. 92(15); *Wigglesworth*, at p. 560; *Martineau*, at para. 21.

[65] If, considering all of these factors, the process is criminal in nature, it engages s. 11 of the *Charter*.

[66] The process leading to the imposition of the penalty is described in the CRA's IC 01-1, at paras. 79-89. CRA auditors conduct a penalty audit, advise the preparer or planner in writing of the audit, and consider any representation that the individual chooses to make before making a recommendation to the Third-Party Penalty Review Committee. If this Committee agrees with the recommendation to impose the penalty, it will give the planner or preparer another opportunity to make representations before making its decision.

[67] This administrative process can be contrasted with the process which applies to criminal offences in the *ITA*: ss. 238 and 239. Unlike the administrative penalties in s. 163.2, the criminal sanctions are imposed by a court of criminal jurisdiction after the laying of an information or complaint: see s. 244. For ease of reference, we repeat the criteria from *Martineau*. Just as in that case, in the context of s. 163.2:

No one is charged No information is laid against anyone. No one is arrested. No one is summoned to appear before a court of criminal jurisdiction. No criminal record will result from the proceedings. At worst, once the

donner lieu à une amende relativement minime, mais lorsque celle-ci est infligée en conformité avec le processus criminel en général (p. ex., inscription d'un plaidoyer de culpabilité ou contestation de l'amende devant le tribunal, poursuite par un procureur du ministère public), les droits garantis par l'art. 11 s'appliquent (*Wigglesworth*, par. 559). Les infractions créées par le *Code criminel*, la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1, et la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19, ainsi que les infractions quasi criminelles créées par les lois provinciales, donnent lieu à des procédures de nature criminelle (voir la *Loi constitutionnelle de 1867*, par. 92(15); *Wigglesworth*, p. 560; *Martineau*, par. 21).

[65] Le processus qui, au regard de l'ensemble de ces considérations, est de nature criminelle emporte l'application de l'art. 11 de la *Charte*.

[66] La circulaire IC 01-1 de l'ARC fait état, aux par. 79-89, du processus d'infliction de la pénalité. Les vérificateurs de l'ARC effectuent la vérification nécessaire, en informent par écrit le spécialiste en déclarations ou le planificateur et examinent toute observation de ce dernier avant de faire une recommandation au Comité d'examen des pénalités imposées à des tiers. Si le Comité accepte la recommandation d'imposer la pénalité, il offre au planificateur ou au spécialiste en déclarations une autre occasion de se faire entendre avant que la décision ne soit rendue.

[67] Comparons ce processus administratif avec le processus que prévoit la *LIR* pour une infraction criminelle (art. 238 et 239). Contrairement aux pénalités administratives de l'art. 163.2, les sanctions criminelles sont infligées par une cour de juridiction criminelle après le dépôt d'une dénonciation ou d'une plainte (voir art. 244). Par souci de commodité, nous rappelons les critères énoncés dans l'arrêt *Martineau*. Tout comme dans cette affaire, dans le contexte de l'art. 163.2 :

. . . [le processus] n'incolpe personne. Aucune dénonciation n'est déposée contre qui que ce soit. Personne n'est arrêté. Personne n'est sommé de comparaître devant une cour de juridiction pénale. Aucun casier judiciaire n'en

administrative proceeding is complete and all appeals are exhausted, if the [penalty] is upheld and the person liable to pay still refuses to do so, he or she risks being forced to pay by way of a civil action. [para. 45]

Similarly, under s. 163.2(4), if the assessment is upheld and payment is not made, the Minister may only invoke civil collection procedures under the *ITA*.

[68] Ms. Guindon submits that where the same conduct can lead to either an administrative monetary penalty or a criminal sanction, the proceedings will be criminal in nature. Here, conduct which may form the basis of an administrative penalty under s. 163.2 could also be the basis for criminal prosecution under s. 239 of the *ITA*: see the Tax Court's reasons, at paras. 44-50. However, the same act could have more than one aspect. It follows that the fact that the same conduct which could form the basis of an administrative penalty could also lead to a criminal conviction is irrelevant to the characterization of the administrative penalty. As explained earlier, the test is that set out in *Wigglesworth and Martineau*.

[69] Should an individual be assessed an administrative monetary penalty and subsequently face criminal prosecution for the same conduct (or vice versa), that individual may argue that bringing the second proceedings in the particular circumstances is an abuse of process.² As nothing in the record before this Court indicates that Ms. Guindon is facing criminal prosecution, that issue is not before us.

[70] Ms. Guindon argues that s. 163.2(4) is not an administrative offence because it is not restricted to the regulated class in the *ITA* (taxpayers) and departs from the general purpose of the Act: the

² It should be noted that in the *ITA*, ss. 238(3) and 239(3) prevent an individual from being liable for any penalty assessed under the administrative monetary penalty provisions after the individual is convicted of an offence under the Act for the same conduct.

résulte. Au pire des cas, une fois la procédure administrative et les appels épuisés, si [la pénalité] est maintenu[e] et que la personne redevable refuse toujours de payer, cette dernière risque d'être contrainte civilement de le faire. [par. 45]

De même, pour les besoins du par. 163.2(4), si la cotisation est maintenue et que le paiement n'est pas effectué, le ministre ne peut recourir qu'à la procédure de recouvrement administrative de la *LIR*.

[68] M^{me} Guindon soutient que lorsqu'une même conduite peut mener soit à une sanction pécuniaire administrative, soit à une sanction criminelle, la procédure est de nature criminelle. En l'espèce, la conduite qui est susceptible d'entraîner une pénalité administrative au titre de l'art. 163.2 peut également donner lieu à une poursuite criminelle suivant l'art. 239 de la *LIR* (voir les motifs de la Cour de l'impôt, par. 44-50). Toutefois, la même conduite pourrait revêtir plus d'un aspect. Dès lors, le fait que la conduite qui justifie une pénalité administrative peut également donner lieu à une déclaration de culpabilité au pénal importe peu quant à la qualification à titre de pénalité administrative. Comme nous l'expliquons précédemment, le critère est celui énoncé dans les arrêts *Wigglesworth et Martineau*.

[69] La personne qui, pour une même conduite, fait l'objet d'une sanction pécuniaire administrative puis d'une poursuite criminelle (ou l'inverse) peut faire valoir que, dans les circonstances, la seconde mesure constitue un abus de procédure². Comme aucun élément du dossier dont dispose notre Cour n'indique que M^{me} Guindon fait l'objet d'une poursuite criminelle, nous n'avons pas à examiner ce point.

[70] M^{me} Guindon fait valoir que le par. 163.2(4) ne crée pas une infraction administrative parce qu'il ne s'applique pas seulement aux personnes que vise la réglementation assurée par la *LIR* (les

² Il convient de noter que les par. 238(3) et 239(3) de la *LIR* empêchent qu'une personne se voie infliger une pénalité au titre des dispositions relatives aux sanctions pécuniaires administratives après qu'elle a été déclarée coupable d'une infraction à la Loi pour une même conduite.

collection of tax. While the individuals targeted by s. 163.2(4) of the *ITA* are not the taxpayers themselves, this does not detract from the provision's administrative nature. The *ITA* regulatory scheme encompasses more than those who pay taxes: employers, banks, brokers, charities, and other entities are required to file information returns and to produce information in order to verify taxpayer compliance. Provisions, such as administrative monetary penalties, that encourage compliance by these non-taxpayers are integral to the *ITA*'s regulatory regime and are not criminal in nature simply because the target is not the taxpayer.

[71] Ms. Guindon also submits that the use of the term “culpable conduct” in s. 163.2(4) indicates a *mens rea* requirement, which is classically criminal in nature. This is irrelevant to the analysis because, as discussed, the criminal in nature analysis is concerned with the process, not the conduct. The simple fact that there is a mental element that must be present in order for the penalty to be imposed does not render the provision criminal. For example, intentional torts require proof of intention, commonly understood as a subjective desire to cause the consequence of one's action: see P. H. Osborne, *The Law of Torts* (4th ed. 2011), at p. 251. In addition, some non-criminal statutory causes of action include mental elements such as recklessness or knowledge. For example, the statutory cause of action in s. 134(4) of Ontario's *Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5, includes a knowledge requirement. Also, s. 36 of the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, creates a cause of action for those who have suffered loss or damage as a result of conduct contrary to Part VI, which contains the Act's criminal offences. Given that these are criminal offences, all contain a *mens rea* element, but that does not render s. 36 proceedings criminal.

contribuables) et qu'il déroge à l'objet général de la Loi, soit le recouvrement de l'impôt. Bien que les personnes visées au par. 163.2(4) de la *LIR* ne soient pas les contribuables eux-mêmes, la disposition n'en est pas moins de nature administrative. Le régime de réglementation de la *LIR* ne s'applique pas qu'à ceux qui paient des impôts, mais aussi aux employeurs, aux banques, aux courtiers, aux organismes de bienfaisance et aux autres entités qui sont tenues de produire des déclarations de renseignements et de fournir de l'information aux fins de vérification de la conformité des déclarations des contribuables. Les dispositions, y compris celles relatives aux sanctions pécuniaires administratives, qui favorisent l'observation de la loi par ces non-contribuables font partie intégrante du régime de réglementation de la *LIR* et ne sont pas de nature criminelle du simple fait qu'elles ne visent pas le contribuable.

[71] M^{me} Guindon soutient également que l'emploi de l'expression « conduite coupable » au par. 163.2(4) indique l'exigence d'une *mens rea*, ce qui est propre au domaine criminel. Or, cet élément importe peu, car — nous l'avons dit — l'analyse relative à la nature criminelle s'attache au processus, non à la conduite. La seule exigence d'un élément moral pour que la pénalité puisse être infligée ne fait pas en sorte que la disposition soit de nature criminelle. Par exemple, le délit intentionnel requiert la preuve de l'intention, ce qui s'entend généralement du fait d'avoir subjectivement voulu les conséquences de ses actes (voir P. H. Osborne, *The Law of Torts* (4^e éd. 2011), p. 251). De plus, certaines causes d'action non criminelles prévues par la loi comprennent un élément moral comme l'insouciance ou la connaissance. Par exemple, la cause d'action prévue au par. 134(4) de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario, L.R.O. 1990, c. S.5, comprend une exigence de connaissance. De même, l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34, confère une cause d'action à celui qui subit une perte ou des dommages par suite d'un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la partie VI, laquelle prévoit les infractions criminelles que crée la Loi. S'agissant d'infractions criminelles, elles requièrent toutes une certaine *mens rea*, mais l'art. 36 n'établit pas pour autant une procédure criminelle.

[72] While some regulatory penalties are imposed without consideration of the person’s state of mind, in other cases it is rational that the state would only wish to impose a penalty on those who engage in misconduct knowingly, recklessly, or with a particular intention. Providing a due diligence defence or including a mental element as a component of the penalty does not detract from the administrative nature of the penalty. (See the Federal Court of Appeal’s reasons, at para. 48.)

(c) *Conclusion on the “Criminal in Nature” Test*

[73] We conclude that the s. 163.2 process is not criminal in nature.

(5) The True Penal Consequence Test

(a) *Introduction*

[74] As we have explained, the preparer penalty is designed to apply when an individual engages in conduct such as preparing a fraudulent tax return, conduct which undermines the self-reporting and self-assessing scheme which depends on honesty and diligence of taxpayers and those whom they engage to assist them. For the reasons that follow, we conclude that the penalty is not a true penal consequence.

(b) *Principles*

[75] Administrative monetary penalties are designed as sanctions to be imposed through an administrative process. They are not imposed in a criminal proceeding. Thus, the issue of whether a person who is the subject of an ostensibly administrative regime is in reality “charged with an offence” is addressed by the second *Wigglesworth/Martineau* test: Does the sanction impose a true penal consequence? *Wigglesworth* teaches that a true penal consequence is imprisonment or a fine which, having regard to its magnitude and other relevant

[72] Bien que, dans certains cas, une sanction réglementaire soit infligée sans que l’état d’esprit de la personne ne soit pris en compte, dans d’autres, il est logique que l’État ne veuille infliger une sanction qu’à celui qui, par insouciance ou animé d’une intention particulière, accomplit un acte fautif. La possibilité d’invoquer la diligence raisonnable en défense ou l’exigence d’un élément moral n’enlève rien à la nature administrative de la sanction. (Voir les motifs de la Cour d’appel fédérale, par. 48.)

c) *Conclusion sur le critère de la « nature criminelle »*

[73] Nous concluons que le processus correspondant à l’art. 163.2 n’est pas de nature criminelle.

(5) Le critère de la véritable conséquence pénale

a) *Introduction*

[74] Comme nous l’expliquons précédemment, la pénalité du spécialiste en déclarations est censée s’appliquer à la personne qui, par exemple, établit une déclaration de revenus frauduleuse et nuit ainsi au régime d’autodéclaration et d’autocotisation dont le bon fonctionnement repose sur l’honnêteté et la diligence des contribuables et de ceux dont ils retiennent les services pour les aider. Pour les motifs qui suivent, nous concluons que la pénalité ne constitue pas une véritable conséquence pénale.

b) *Principes*

[75] Les sanctions pécuniaires administratives sont des sanctions conçues pour être infligées à l’issue d’un processus administratif. Elles ne font pas suite à une procédure criminelle. Ainsi, pour savoir si la personne qui fait officiellement l’objet d’une mesure administrative est en réalité « inculpé[e] », le critère à utiliser est le second dégagé dans les arrêts *Wigglesworth* et *Martineau* : la sanction impose-t-elle une véritable conséquence pénale? Selon l’arrêt *Wigglesworth*, la véritable conséquence pénale s’entend de la peine d’emprisonnement ou

factors, is imposed to redress the wrong done to society at large rather than simply to secure compliance: see p. 561.

[76] Imprisonment is always a true penal consequence. A provision that includes the possibility of imprisonment will be criminal no matter the actual sanction imposed: see *Wigglesworth*, at p. 562. A monetary penalty may or may not be a true penal consequence. It will be so when it is, in purpose or effect, punitive. Whether this is the case is assessed by looking at considerations such as the magnitude of the fine, to whom it is paid, whether its magnitude is determined by regulatory considerations rather than principles of criminal sentencing, and whether stigma is associated with the penalty: see, e.g., *Canada (Attorney General) v. United States Steel Corp.*, 2011 FCA 176, 333 D.L.R. (4th) 1, at paras. 76-77.

[77] The magnitude of the sanction on its own is not determinative. However, if the amount at issue is out of proportion to the amount required to achieve regulatory purposes, this consideration suggests that it will constitute a true penal consequence and that the provision will attract the protection of s. 11 of the *Charter*. This is not to say that very large penalties cannot be imposed under administrative monetary penalty regimes. Sometimes significant penalties are necessary in order to deter non-compliance with an administrative scheme: see *Rowan v. Ontario Securities Commission*, 2012 ONCA 208, 110 O.R. (3d) 492, at para. 49. The amount of the penalty should reflect the objective of deterring non-compliance with the administrative or regulatory scheme.

(c) *An Upper Limit on Administrative Penalties?*

[78] Ms. Guindon and the interveners the Canadian Constitution Foundation suggest that there should be an upper limit on the amount of an administrative monetary penalty. Citing the Ontario

de l'amende qui, compte tenu de son importance et d'autres considérations pertinentes, est infligée dans le but de réparer le tort causé à la société en général plutôt que d'assurer l'observation de la loi (voir p. 561).

[76] L'emprisonnement constitue toujours une véritable conséquence pénale. La disposition qui prévoit la possibilité d'un emprisonnement est de nature criminelle, peu importe la sanction réellement imposée (voir *Wigglesworth*, p. 562). Une sanction pécuniaire peut ou non constituer une véritable conséquence pénale. C'est le cas lorsque, par son objet ou son effet, elle est punitive. Pour le savoir, il faut tenir compte de choses comme le montant de l'amende, son destinataire, le fait que son importance tient à des considérations réglementaires plutôt qu'à des principes de détermination de la peine en matière criminelle, et le fait que la sanction stigmatise ou non (voir p. ex. *Canada (Procureur général) c. United States Steel Corp.*, 2011 CAF 176, par. 76-77 (CanLII)).

[77] L'importance de la sanction n'est pas déterminante en soi. Toutefois, lorsque le montant en cause est disproportionné à celui qui permet d'atteindre les objectifs de la réglementation, il y a lieu de penser qu'il s'agit d'une véritable conséquence pénale, de sorte que la disposition emporte l'application de l'art. 11 de la *Charte*. Cela ne veut pas dire qu'une pénalité d'un montant très élevé ne puisse être infligée à titre de sanction pécuniaire administrative. Il arrive en effet parfois qu'une pénalité d'un montant substantiel soit nécessaire pour décourager l'inobservation d'un régime administratif (voir *Rowan c. Ontario Securities Commission*, 2012 ONCA 208, 110 O.R. (3d) 492, par. 49). Le montant de la pénalité doit refléter l'objectif de décourager l'inobservation du régime administratif ou de réglementation.

c) *L'application d'un plafond à la pénalité administrative?*

[78] M^{me} Guindon et l'intervenante Canadian Constitution Foundation laissent entendre que le montant d'une sanction administrative pécuniaire devrait être plafonné. Citant le par. 54 de

Court of Appeal decision in *Rowan*, at para. 54, which considered the imposition of an administrative penalty under the Ontario *Securities Act*, Ms. Guindon submits that the maximum amount that can be imposed under an administrative monetary penalty should be one fifth of the penalty which can be imposed by criminal prosecution. The CCF submits that there should be a monetary threshold beyond which administrative penalties are presumed to be criminal, suggesting \$10,000 for an individual and \$100,000 for a corporation: I.F., at para. 32.

[79] We cannot agree with these approaches. First, the one-to-five ratio suggested by Ms. Guindon is not a general standard. She derives the proposed rule from the Ontario Court of Appeal's decision in *Rowan*, yet in that decision, the court merely recognized the ratio between a particular administrative monetary penalty in the Ontario *Securities Act* and the maximum criminal penalty that could apply for the same misconduct: see *Securities Act*, ss. 122(1) and 127(1)9; *Rowan*, at para. 54. The Court of Appeal did not find that this was a general rule applicable to all administrative monetary penalties or that this was the only relevant consideration. Second, and most fundamentally, an arbitrary upper limit on administrative monetary penalties could undermine their goal: to deter actions which do not comply with the administrative regime. The analysis must ask whether the amount of the penalty, considered with the other relevant factors, is in keeping with the nature of the misconduct and the penalty necessary to serve regulatory purposes, such as promoting compliance and deterring non-compliance, not focus on an arbitrary threshold which may bear no relation to the particular administrative regime and policy goals: see *United States Steel Corp.*, at para. 74.

[80] Some statutes prescribe very high administrative monetary penalties, at times over a million dollars, and these have been upheld where it is demonstrated that the penalty serves regulatory purposes. In some cases, sizable penalties are

l'arrêt *Rowan* de la Cour d'appel de l'Ontario, qui porte sur une pénalité administrative infligée sous le régime de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario, M^{me} Guindon soutient que le montant maximum d'une sanction pécuniaire administrative devrait correspondre au cinquième de l'amende susceptible d'être infligée à l'issue d'une poursuite criminelle. La CCF préconise pour sa part l'établissement d'un plafond au-delà duquel une pénalité administrative serait présumée être de nature criminelle, et elle propose de fixer ce plafond à 10 000 \$ pour un particulier et à 100 000 \$ pour une personne morale (mémoire, par. 32).

[79] Nous ne pouvons souscrire à ces approches. Premièrement, la fraction d'un cinquième que propose M^{me} Guindon en se fondant sur l'arrêt *Rowan* de la Cour d'appel de l'Ontario ne constitue pas une norme générale. Dans cet arrêt, la Cour d'appel reconnaît simplement l'existence d'un rapport entre une sanction pécuniaire administrative prévue par la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario et la peine maximale susceptible d'être infligée au pénal pour les mêmes actes (voir la *Loi sur les valeurs mobilières*, par. 122(1) et 127(1)9; *Rowan*, par. 54). La Cour d'appel ne voit pas là une règle générale applicable à toute sanction pécuniaire administrative, ni la seule considération pertinente. Deuxièmement, et plus fondamentalement, plafonner les sanctions pécuniaires administratives pourrait aller à l'encontre de leur objectif, à savoir décourager l'inobservation du régime administratif. Il faut se demander si le montant de la pénalité, compte tenu des autres considérations pertinentes, est compatible avec la nature de l'acte fautif et si la pénalité est nécessaire à la réalisation des objectifs de la réglementation que sont par exemple la promotion de l'observation de la loi et la prévention de son inobservation, et non fixer une limite arbitraire pouvant n'avoir aucun lien avec le régime administratif en cause et ses objectifs généraux (voir *United States Steel Corp.*, par. 74).

[80] Quelques lois prévoient des sanctions pécuniaires administratives d'un montant très élevé, parfois plus d'un million de dollars, que les tribunaux confirment lorsqu'il est établi qu'elles servent les fins de la réglementation. Dans certains cas, leur

necessary so the penalty is not simply considered a cost of doing business: see the Federal Court of Appeal's reasons, at para. 47. For example, an administrative penalty of \$1 million per infraction in the Alberta *Securities Act*, R.S.A. 2000, c. S-4, was upheld in *Lavallee v. Alberta Securities Commission*, 2010 ABCA 48, 474 A.R. 295. The Federal Court of Appeal upheld a provision of the *Investment Canada Act*, R.S.C. 1985, c. 28 (1st Supp.), which allowed for penalties of up to \$10,000 per day for failure to comply with a ministerial directive: see *United States Steel Corp.* The Ontario Superior Court found that a \$10 million administrative monetary penalty in the *Competition Act* for deceptive marketing practices did not engage s. 11 of the *Charter: Canada (Commissioner of Competition) v. Chatr Wireless Inc.*, 2013 ONSC 5315, 288 C.R.R. (2d) 297. The Ontario Court of Appeal in *Rowan*, noting that the amount of the penalty is determined by regulatory considerations distinct from the principles of criminal liability and sentencing, that no criminal record results and the proceeds are used for the benefit of third parties, stated that

[p]enalties of up to \$1 million per infraction are, in my view, entirely in keeping with the Commission's mandate to regulate the capital markets where enormous sums of money are involved and where substantial penalties are necessary to remove economic incentives for non-compliance with market rules. [para. 49]

[81] In all of these cases, the courts found that high administrative monetary penalties were required to encourage compliance with the administrative regime. The relevant question is not the amount of the penalty in absolute terms, it is whether the amount serves regulatory rather than penal purposes.

(d) *Application*

[82] Section 163.2 of the *ITA* does not impose any "true penal consequence".

montant doit être assez important afin qu'elles ne soient pas simplement considérées comme un coût de fonctionnement (voir les motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 47). Par exemple, une sanction administrative d'un million de dollars par infraction prévue par la *Securities Act* de l'Alberta, R.S.A. 2000, c. S-4, est confirmée dans l'arrêt *Lavallee c. Alberta Securities Commission*, 2010 ABCA 48, 474 A.R. 295. Dans *United States Steel Corp.*, la Cour d'appel fédérale confirme une disposition de la *Loi sur l'investissement Canada*, L.R.C. 1985, c. 28 (1^{er} suppl.), qui prévoit des pénalités allant jusqu'à 10 000 \$ par jour en cas d'omission de se conformer à une directive ministérielle. Dans *Canada (Commissioner of Competition) c. Chatr Wireless Inc.*, 2013 ONSC 5315, 288 C.R.R. (2d) 297, la Cour supérieure de justice de l'Ontario conclut que la sanction pécuniaire administrative de 10 millions de dollars prévue par la *Loi sur la concurrence* pour pratiques commerciales trompeuses n'emporte pas l'application de l'art. 11 de la *Charte*. Dans l'arrêt *Rowan*, faisant remarquer que le montant de la sanction est fixé en fonction de considérations de réglementation distinctes des principes de la responsabilité criminelle et de la détermination de la peine, qu'aucun casier judiciaire n'en résulte et que les sommes sont perçues au bénéfice de tiers, la Cour d'appel de l'Ontario déclare ce qui suit :

[TRADUCTION] Les sanctions allant jusqu'à un million de dollars par infraction sont, à mon avis, entièrement compatibles avec le mandat de la Commission qui consiste à réguler les marchés financiers où circulent des sommes considérables, de sorte que des sanctions substantielles s'imposent pour supprimer l'incitation financière à l'inobservation des règles. [par. 49]

[81] Dans toutes ces affaires, les cours concluent que des sanctions pécuniaires administratives d'un montant élevé sont nécessaires pour inciter à l'observation du régime administratif. Le débat ne porte pas sur leur montant dans l'absolu, mais bien sur la question de savoir si l'objectif qui sous-tend la fixation de leur montant est réglementaire ou pénal.

d) *Application*

[82] L'article 163.2 de la *LIR* n'impose aucune « véritable conséquence pénale ».

[83] Considering first the purpose of the penalty, s. 163.2 was enacted in 2000 to discourage individuals from making false statements on behalf of others or from counselling others to make false statements: see the Tax Court's reasons, at paras. 36-37. Thus its purpose is to promote compliance with the scheme. The fact that the penalty is intended to have a deterrent effect does not take it out of the realm of administrative penalties. As Fish J. pointed out in *Martineau*, penalties which are clearly not penal in nature, such as damages imposed in relation to civil liability and penalties imposed in disciplinary proceedings, have deterrent aspects: see para. 38.

[84] The magnitude of penalties under s. 163.2(4) is directly tied to the objective of deterring non-compliance with the *ITA*. The amount is calculated pursuant to s. 163.2(5) and takes into account the penalty to which the other person (for whom or to whom the violator has made the false statement) would be liable in addition to the violator's gross compensation in respect of the false statement. These factors speak to the magnitude of the tax that could potentially be avoided and the violator's personal gain, both of which are relevant in deterring such misconduct. The amount is fixed without regard to other general criminal sentencing principles and no stigma comparable to that attached to a criminal conviction flows from the imposition of the penalty.

[85] Ms. Guindon was assessed a penalty of \$546,747. This amount is very high for an individual. However, in the circumstances it does not constitute a true penal consequence: the Tax Court found that there were 135 violations (see paras. 1 and 112). In addition, that court found that Ms. Guindon was dishonest in her initial legal opinion when she stated that she had reviewed the supporting documents. She then compounded this dishonesty by signing charitable receipts that she should reasonably have known were tainted by her own failure to verify the legal basis of the program: paras. 107-9. Such dishonesty cannot be countenanced in a self-reporting system. As noted by the Federal Court of Appeal, “[s]ometimes administrative penalties must be large in order

[83] Examinons d’abord l’objectif de la pénalité. L’article 163.2 a été édicté en 2000 pour dissuader toute personne de faire un faux énoncé pour le compte d’autrui ou de conseiller à une autre personne d’en faire un (voir les motifs de la Cour de l’impôt, par. 36-37). Il vise donc à promouvoir l’observation du régime. Même si la pénalité se veut dissuasive, sa nature demeure administrative. Comme le signale le juge Fish dans l’arrêt *Martineau*, les sanctions qui ne sont manifestement pas de nature pénale, tels les dommages-intérêts pour responsabilité civile et les sanctions disciplinaires, ont un effet dissuasif (voir par. 38).

[84] L’importance de la pénalité prévue au par. 163.2(4) est directement liée à l’objectif de décourager l’inobservation de la *LIR*. Son montant est calculé en application du par. 163.2(5), et il est tenu en compte de la pénalité à laquelle l’autre personne (celle pour qui ou à qui est fait le faux énoncé) serait tenue en plus de la rétribution brute du contrevenant pour le faux énoncé. Ces éléments témoignent de l’importance de l’impôt susceptible d’être évité et du gain personnel obtenu par le contrevenant, les deux devant être pris en compte pour décourager un tel acte fautif. Le montant de la pénalité est fixé sans égard aux principes généraux de détermination de la peine en matière criminelle et il n’en résulte aucune stigmatisation comparable à celle découlant d’une déclaration de culpabilité au pénal.

[85] M^{me} Guindon s’est vu infliger une pénalité de 546 747 \$, ce qui représente une somme très élevée dans le cas d’un particulier. Toutefois, dans les circonstances, il ne s’agit pas d’une véritable conséquence pénale. La Cour de l’impôt relève 135 contraventions (voir par. 1 et 112) et elle conclut que M^{me} Guindon a fait preuve de malhonnêteté dans sa première opinion juridique en y déclarant avoir examiné les documents à l’appui. M^{me} Guindon a ensuite ajouté à sa malhonnêteté en signant les reçus pour dons de bienfaisance dont elle aurait dû raisonnablement savoir qu’ils étaient viciés par son omission de vérifier le fondement juridique du programme (par. 107-109). Une telle malhonnêteté ne saurait être admise dans un système

to deter conduct detrimental to the administrative scheme and the policies furthered by it”: para. 46.

[86] The Tax Court found that Ms. Guindon wrote and endorsed a legal opinion that she knew was “flawed and misleading”: in the opinion, she stated that she had reviewed supporting material which had in fact never been provided to her (para. 105). Later, when she signed charitable tax receipts as part of the program, she chose to “rely on her own legal opinion which she knew to be incomplete”: para. 107. The Tax Court found that Ms. Guindon’s conduct was “indicative either of complete disregard of the law and whether it was complied with or not or of wilful blindness”: para. 108.

[87] We agree with the Federal Court of Appeal that a maximum penalty for a person making a false statement of \$100,000 plus the person’s gross compensation in relation to that statement

does not demonstrate a purpose extending beyond deterrence to denunciation and punishment of the offender for the “wrong done to society”: *Wigglesworth, supra*, at page 561. Rather, in light of the possibility of false statements going undetected, penalties of such magnitude are necessary to prevent them from being regarded as just “another cost of doing business”: *United States Steel Corp., supra*, at paragraph 77. [para. 47]

[88] In this case, the penalty of \$546,747 assessed against Ms. Guindon does not impose a true penal consequence — the magnitude reflects the objective of deterring conduct of the type she engaged in. Although the penalty is paid ultimately into the Consolidated Revenue Fund, none of the other relevant considerations supports the view that this penalty is a true penal consequence.

(6) Conclusion

[89] We conclude that the proceeding under s. 163.2 is not criminal in nature and does not lead

d’autocotisation. Comme le fait remarquer la Cour d’appel fédérale, « [l]es pénalités administratives doivent parfois être élevées pour dissuader une conduite préjudiciable au régime administratif mis en place et aux politiques qu’il met en œuvre » (par. 46).

[86] La Cour de l’impôt conclut que M^{me} Guindon a rédigé et signé une opinion juridique qu’elle savait « lacunaire et trompeu[se] » car elle y affirmait avoir examiné des documents à l’appui qui, en réalité, ne lui avaient jamais été remis (par. 105). Plus tard, lorsqu’elle a signé les reçus fiscaux pour dons de bienfaisance dans le cadre du programme, elle a décidé de « se fier à s[a] propre [opinion] juridique qu’elle savait incompl[ète] » (par. 107). La Cour de l’impôt conclut que la conduite de M^{me} Guindon « témoigne d’une indifférence complète à l’égard de la loi et de la question de savoir si elle est respectée ou non, ou d’un aveuglement volontaire » (par. 108).

[87] Nous convenons avec la Cour d’appel fédérale que la pénalité maximale dont est passible l’auteur d’un faux énoncé, soit 100 000 \$ plus sa rétribution brute pour cet énoncé,

ne dénote pas un objectif de réprobation et de punition du contrevenant pour le « tort causé à la société » (*Wigglesworth*, précité, à la page 561). Il s’agit plutôt de prévoir des pénalités de nature à faire en sorte qu’elles « ne soient pas considérées comme une simple dépense d’affaire » (*United States Steel Corp.*, précité, au paragraphe 77), compte tenu du fait qu’il est possible que les faux énoncés passent inaperçus. [par. 47]

[88] En l’espèce, la pénalité de 546 747 \$ infligée à M^{me} Guindon ne constitue pas une véritable conséquence pénale, car son montant élevé reflète l’objectif de décourager des actes comme ceux qui ont été accomplis. La pénalité est certes versée au Trésor au bout du compte, mais aucune autre considération pertinente n’appuie l’idée qu’il s’agit d’une véritable conséquence pénale.

(6) Conclusion

[89] Nous concluons que la procédure découlant de l’art. 163.2 n’est pas de nature criminelle

to the imposition of true penal consequences. We agree with Stratas J.A., writing for the Federal Court of Appeal, that “the assessment of a penalty under section 163.2 is not the equivalent of being ‘charged with a [criminal] offence.’ Accordingly, none of the section 11 rights apply in section 163.2 proceedings”: para. 37.

[90] Finally, we note that even though s. 11 of the *Charter* is not engaged by s. 163.2 of the *ITA*, those against whom penalties are assessed are not left without recourse or protection. They have a full right of appeal to the Tax Court of Canada and, as the respondent pointed out in her factum, have access to other administrative remedies: R.F., at para. 99; see, e.g., *ITA*, s. 220(3.1).

IV. Proposed Disposition

[91] We would dismiss the appeal with costs.

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

[92] ABELLA AND WAGNER JJ. — Legislatures across Canada have enacted mandatory provisions that require litigants who wish to challenge the constitutionality of a piece of legislation to give notice to the Attorneys General. This notice gives governments an opportunity to present evidence justifying the constitutionality of the law and permits all parties to challenge that evidence. The goal is for the court, in the public interest, to have the fullest and best evidence possible before deciding the issue so that a tested and thorough evidentiary record is available.

[93] The indispensable evidentiary role governments play in constitutional challenges was trenchantly described by Sopinka J. in *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241:

et que nulle véritable conséquence pénale n’en résulte. Nous convenons avec le juge Stratas, qui s’exprime au nom de la Cour d’appel fédérale, que « se voir infliger une pénalité en application de l’article 163.2, ce n’est pas l’équivalent d’être “inculpé”. Par conséquent, aucun des droits prévus à l’article 11 ne s’applique à une procédure découlant de l’article 163.2 » (par. 37).

[90] Enfin, nous faisons remarquer que même si l’art. 163.2 de la *LIR* n’emporte pas l’application de l’art. 11 de la *Charte*, celui qui se voit infliger une pénalité n’est pas sans recours ni protection. Il peut interjeter appel de plein droit à la Cour canadienne de l’impôt et, comme le signale l’intimée dans son mémoire, il dispose d’autres recours sur le plan administratif (m.i., par. 99; voir p. ex. *LIR*, par. 220(3.1)).

IV. Dispositif

[91] Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs des juges Abella, Karakatsanis et Wagner rendus par

[92] LES JUGES ABELLA ET WAGNER — Les législateurs ont, à la grandeur du Canada, adopté des dispositions obligatoires selon lesquelles tout plaideur désireux de contester la constitutionnalité d’une loi doit signifier un avis en ce sens aux procureurs généraux. Cet avis permet aux gouvernements de présenter des éléments de preuve qui étayent la constitutionnalité de la loi en cause et à toutes les parties de contester ces éléments de preuve. L’objectif derrière cette mesure est d’assurer que la cour saisie dispose, dans l’intérêt public, d’une preuve à la fois vérifiée et complète pour statuer à partir d’un dossier le plus complet et le plus fiable possible.

[93] Dans l’arrêt *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, le juge Sopinka fait état avec aplomb du rôle indispensable des gouvernements en matière de preuve lorsque la constitutionnalité d’une disposition législative est contestée :

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. [para. 48]

[94] This appeal addresses the effect of the failure — without explanation, without the consent of the Attorneys General entitled to notice, and without exceptional circumstances — to provide such notice in the court or tribunal where the legislation requires that it be given. Under s. 19.2 of the *Tax Court of Canada Act*, R.S.C. 1985, c. T-2, the Tax Court “shall not” find a provision of any Act or regulation of Parliament to be unconstitutional unless notice has been served on the Attorney General of Canada and each province.

[95] The wording of the provision is clear: notice must be given. Transforming a mandatory provision into a discretionary one not only represents the judicial rewriting of unambiguous statutory language, it also contradicts the express purpose behind it, namely, ensuring that constitutional challenges get the fulsome review their significance warrants. There is virtually no prejudice to a litigant in requiring adherence to these notice provisions. On the other hand, deciding a constitutional issue in the absence of notice — and therefore the absence of parties who have exclusive control of key evidentiary facts and arguments — has serious consequences for the integrity and credibility of the outcome in constitutional cases.

[96] In this case, a litigant sought to avoid the statutory obligation to provide the required notice by advancing the excuse that seeking the benefit of s. 11 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was not a constitutional argument requiring

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. [par. 48]

[94] Le présent pourvoi porte sur les conséquences de l’omission — sans explication, sans le consentement des procureurs généraux qui ont droit à un avis et en l’absence de circonstances exceptionnelles — de donner un avis dans le cadre d’une instance judiciaire ou administrative alors que la loi l’exige. L’article 19.2 de la *Loi sur la Cour canadienne de l’impôt*, L.R.C. 1985, c. T-2, prévoit que la Cour de l’impôt « ne peu[t] » conclure à l’inconstitutionnalité de quelque disposition législative ou réglementaire que si un avis a été signifié au procureur général du Canada et à celui de chacune des provinces.

[95] Le texte de la disposition est sans équivoque : un avis doit être donné. Non seulement transformer une disposition obligatoire en règle facultative équivaut à reformuler judiciairement un texte par ailleurs clair, mais cela contredit la raison d’être de l’objectif expressément recherché, à savoir faire en sorte qu’une contestation constitutionnelle fasse l’objet de l’examen minutieux que justifie son importance. Satisfaire à l’exigence de la signification d’un avis ne cause presque aucun préjudice au plaideur. Par contre, statuer sur une question constitutionnelle en l’absence d’un avis — et donc sans le concours des seules parties susceptibles de présenter des éléments de preuve et des arguments clés — compromet sérieusement l’intégrité et la crédibilité de la décision rendue dans un dossier de nature constitutionnelle.

[96] Dans la présente affaire, une partie a tenté de se soustraire à l’obligation légale de donner un avis en faisant valoir qu’invoquer l’art. 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés* n’équivalait pas à soulever une question constitutionnelle — ce qui

notice since she was not seeking to strike down the applicable provision. Only in the proceedings in this Court did she decide for the first time to give notice of a constitutional question.

[97] Of the three Attorneys General who responded to the notice, two objected to the constitutional argument being raised in the absence of notice in the prior proceedings. In our view, permitting the litigant to by-pass the notice requirement in those earlier proceedings based on an argument that being entitled to the protection of s. 11 of the *Charter* was not a constitutional issue, permits a party to evade the notice requirements based on semantics. Since the purpose of notice in constitutional cases is to permit the fullest possible evidentiary record before deciding cases of such importance, allowing a party unilaterally to make an end-run around notice requirements by claiming that demonstrably constitutional arguments are not in fact constitutional arguments, rewards linguistic tactics at the expense of the public interest.

Background

[98] Julie Guindon is a lawyer practising mostly family and estate law. On September 19, 2001, she gave a legal opinion about the Global Trust Charitable Donation Program. At the time Ms. Guindon signed the opinion, she had not reviewed the documents she said she had relied on.

[99] The Program ostensibly consisted of a tax reduction scheme that involved the donation of Vacation Ownership Weeks (“VOWs”) in a timeshare. The taxpayers would donate the undervalued VOWs to a registered charity and, in return, receive charitable tax receipts in the amount of the fair market value of the VOWs. As was later discovered, the Program was a sham — no timeshare units were ever legally

exige un avis — puisque son objectif n’était pas de faire annuler la disposition en cause. Ce n’est que dans le cadre de la présente instance qu’elle a décidé de donner un premier avis d’une question constitutionnelle.

[97] Parmi les trois procureurs généraux qui ont donné suite à l’avis, deux s’opposent à ce que l’argument constitutionnel soit aujourd’hui formulé en raison de l’absence d’avis dans les instances antérieures. Selon nous, soustraire le plaideur à l’obligation de donner un avis dans les instances antérieures au motif que le fait de bénéficier ou non de la protection de l’art. 11 de la *Charte* ne constitue pas une question constitutionnelle revient à lui permettre d’échapper à l’application des règles en matière d’avis en recourant à la sémantique. L’objectif derrière l’obligation de signifier un avis d’une question constitutionnelle est d’assurer la confection d’un dossier de preuve le plus complet possible pour statuer dans une affaire aussi importante. Permettre à un plaideur de contourner unilatéralement l’exigence d’un avis en affirmant que des arguments dont on peut démontrer qu’ils sont d’ordre constitutionnel ne constituent pas en fait des arguments constitutionnels équivaut donc à récompenser une stratégie d’ordre linguistique au détriment de l’intérêt public.

Contexte

[98] Julie Guindon est avocate et exerce principalement en droit familial et en droit immobilier. Le 19 septembre 2001, elle a rédigé une opinion juridique sur le Global Trust Charitable Donation Program. Au moment de signer l’opinion, elle n’avait pas lu les documents sur lesquels elle affirmait se fonder.

[99] Le programme constituait apparemment un plan de réduction d’impôt grâce au don de semaines de vacances dans un logement à temps partagé. Les contribuables faisaient don des semaines de vacances sous-évaluées à un organisme de bienfaisance enregistré et obtenaient en contrepartie des reçus fiscaux pour dons de bienfaisance à raison de la juste valeur marchande des semaines

created and, consequently, no VOWs were actually donated to charity.

[100] The only charity to become involved in the program was Les Guides Franco-Canadiennes District d'Ottawa, a registered charity under the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.). Ms. Guindon was the President of this charity from 1999 to 2004. On December 31, 2001, 135 tax receipts were issued by Ms. Guindon's charity, acknowledging the ostensible donation of the VOWs. The receipts were signed by Ms. Guindon and the charity's Treasurer.

[101] The Minister of National Revenue assessed a penalty against Ms. Guindon under s. 163.2(4) of the *Income Tax Act*, which states:

(4) Every person who makes, or participates in, assents to or acquiesces in the making of, a statement to, or by or on behalf of, another person (in this subsection, subsections (5) and (6), paragraph (12)(c) and subsection (15) referred to as the "other person") that the person knows, or would reasonably be expected to know but for circumstances amounting to culpable conduct, is a false statement that could be used by or on behalf of the other person for a purpose of this Act is liable to a penalty in respect of the false statement.

[102] The Minister argued that Ms. Guindon had participated or acquiesced in, or assented to, the making of 135 tax receipts she knew, or would reasonably have been expected to have known, constituted false statements that could be used by participants to claim an unwarranted tax credit under the *Income Tax Act*.

[103] The penalty assessed against Ms. Guindon totalled \$546,747. It was calculated pursuant to s. 163.2(5), which quantifies the penalty as the greater of:

de vacances. On a découvert ultérieurement qu'il s'agissait d'une supercherie. Aucune part n'avait été légalement créée relativement aux semaines de vacances, de sorte qu'il n'y avait pas eu de dons de semaines de vacances à un organisme de bienfaisance.

[100] Enregistré sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.), Les Guides Franco-Canadiennes District d'Ottawa est le seul organisme de bienfaisance à avoir participé au programme. M^{me} Guindon en a été la présidente de 1999 à 2004. Le 31 décembre 2001, l'organisme de bienfaisance de M^{me} Guindon a délivré 135 reçus fiscaux faisant état du don apparent des semaines de vacances. Les reçus étaient signés par M^{me} Guindon et par la trésorière de l'organisme de bienfaisance.

[101] La ministre du Revenu national a imposé une pénalité à M^{me} Guindon sur le fondement du par. 163.2(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dont voici le libellé :

(4) La personne qui fait un énoncé à une autre personne ou qui participe, consent ou acquiesce à un énoncé fait par une autre personne, ou pour son compte, (ces autres personnes étant appelées « autre personne » au présent paragraphe, aux paragraphes (5) et (6), à l'alinéa (12)c) et au paragraphe (15)) dont elle sait ou aurait vraisemblablement su, n'eût été de circonstances équivalant à une conduite coupable, qu'il constitue un faux énoncé qui pourrait être utilisé par l'autre personne, ou pour son compte, à une fin quelconque de la présente loi est passible d'une pénalité relativement au faux énoncé.

[102] La ministre soutient que M^{me} Guindon a participé, consenti ou acquiescé à la délivrance des 135 reçus dont elle savait ou aurait raisonnablement dû savoir qu'ils constituaient de faux énoncés susceptibles d'être utilisés par les participants pour obtenir indûment un crédit d'impôt en application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

[103] Une pénalité de 546 747 \$ a été imposée à M^{me} Guindon. Son montant a été calculé suivant le par. 163.2(5), de sorte qu'il correspondait au plus élevé des montants suivants :

- (a) \$1,000, and
- (b) the lesser of
 - (i) the penalty to which the other person would be liable under subsection 163(2) if the other person made the statement in a return filed for the purposes of this Act and knew that the statement was false, and
 - (ii) the total of \$100,000 and the person's gross compensation, at the time at which the notice of assessment of the penalty is sent to the person, in respect of the false statement that could be used by or on behalf of the other person.

Ms. Guindon's fine was based on the calculation in subpara. (b)(i), undertaken separately for each of the 135 tax receipts. Ms. Guindon appealed the assessment.

Prior Proceedings

[104] In her closing arguments before the Tax Court of Canada, Ms. Guindon raised a constitutional argument by alleging that the penalty was criminal in nature and that, as a result, her rights under s. 11 of the *Charter* had been violated. The Crown objected, noting that Ms. Guindon had not filed notice of a constitutional question as required by s. 19.2 of the *Tax Court of Canada Act*. Despite the lack of notice, Bédard J. undertook an analysis of s. 163.2 of the *Income Tax Act* to determine whether it was constitutionally compliant. He concluded that both because of "its very nature [as] a criminal proceeding" and because it involved a sanction that was "a true penal consequence" as described by *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, s. 163.2 of the *Income Tax Act* attracted the protection of s. 11 of the *Charter*. However, rather than find the provision to be constitutionally invalid, he found that s. 34(2) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, applied. That section states:

(2) All the provisions of the *Criminal Code* relating to indictable offences apply to indictable offences created

- a) 1 000 \$;
- b) le moins élevé des montants suivants :
 - (i) la pénalité dont l'autre personne serait passible selon le paragraphe 163(2) si elle avait fait l'énoncé dans une déclaration produite pour l'application de la présente loi tout en sachant qu'il était faux,
 - (ii) la somme de 100 000 \$ et de la rétribution brute de la personne, au moment où l'avis de cotisation concernant la pénalité lui est envoyé, relativement au faux énoncé qui pourrait être utilisé par l'autre personne ou pour son compte.

Le montant de l'amende imposée à M^{me} Guindon a été établi en fonction du sous-al. b)(i), et ce, séparément pour chacun des 135 reçus fiscaux. M^{me} Guindon a interjeté appel de cette évaluation.

Historique judiciaire

[104] Dans son exposé final devant la Cour canadienne de l'impôt, M^{me} Guindon a fait valoir un argument constitutionnel selon lequel la pénalité relevait du droit pénal ou criminel, de sorte qu'il y avait eu atteinte aux droits que lui garantit l'art. 11 de la *Charte*. Sa Majesté a formulé une objection au motif que M^{me} Guindon n'avait pas déposé un avis de question constitutionnelle comme l'exige l'art. 19.2 de la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*. Malgré cette omission, le juge Bédard a entrepris d'analyser l'art. 163.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour décider s'il était conforme ou non à la Constitution. Il conclut — parce que la procédure qui en découle est « de par sa nature [même] une procédure criminelle » et la sanction qu'il prévoit est « une véritable conséquence pénale » au sens de l'arrêt *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541 — que l'art. 163.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* emporte la protection de l'art. 11 de la *Charte*. Or, il ne conclut pas à l'inconstitutionnalité de la disposition, mais bien à l'application du par. 34(2) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, qui dispose :

(2) Sauf disposition contraire du texte créant l'infraction, les dispositions du *Code criminel* relatives aux actes

by an enactment, and all the provisions of that Code relating to summary conviction offences apply to all other offences created by an enactment, except to the extent that the enactment otherwise provides.

As a result, he held that prosecutions under the *Income Tax Act* were to take place in provincial court and in accordance with the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[105] His alternative conclusion was that if he was wrong and the proceedings under s. 163.2 were civil, not criminal in nature, Ms. Guindon would have been found to be in breach of the provision.

[106] On appeal, Stratas J.A., writing for a unanimous court, overturned the decision. He began by finding that the Tax Court lacked jurisdiction to address the constitutionality of s. 163.2 of the *Income Tax Act* since no notice of a constitutional question had been served. Section 19.2 of the *Tax Court of Canada Act* requires that notice be served on the federal and provincial Attorneys General before a provision can be judged to be invalid, inapplicable or inoperable. Because no notice was served, Stratas J.A. concluded that the Tax Court was prohibited from entertaining the question of whether s. 163.2 of the *Income Tax Act* created an offence for the purposes of s. 11 of the *Charter*.

[107] Stratas J.A. rejected the argument that, by operation of s. 34(2) of the *Interpretation Act*, s. 11 of the *Charter* would apply to s. 163.2 of the *Income Tax Act* without undermining its validity, applicability or operability. Instead, he concluded that the *Income Tax Act* provided specific administrative procedures to be followed in the assessment — and any subsequent appeal — of the penalty. As a result s. 34(2) could not operate to import the procedures of the *Criminal Code* into s. 163.2 because the *Income Tax Act* provided otherwise. He concluded that since Ms. Guindon was effectively using the

criminels s'appliquent aux actes criminels prévus par un texte et celles qui portent sur les infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire s'appliquent à toutes les autres infractions créées par le texte.

En conséquence, les poursuites fondées sur la *Loi de l'impôt sur le revenu* devaient selon lui être intentées en cour provinciale et se dérouler conformément aux dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

[105] Le juge conclut subsidiairement que, s'il a tort et que l'instance engagée en application de l'art. 163.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est de nature administrative, et non criminelle, M^{me} Guindon a effectivement enfreint la disposition.

[106] Dans un jugement unanime de la Cour d'appel fédérale, le juge Stratas infirme la décision. Il conclut d'abord que la Cour de l'impôt n'avait pas compétence pour examiner la constitutionnalité de l'art. 163.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* car aucun avis portant sur une question constitutionnelle n'avait été signifié. L'article 19.2 de la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt* exige qu'un avis soit signifié au procureur général du Canada et à celui de chacune des provinces pour qu'une disposition puisse être déclarée invalide, inapplicable ou sans effet. Comme aucun avis n'avait été signifié, la Cour de l'impôt n'était pas habilitée à examiner la question de savoir si l'art. 163.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* créait une infraction pour les besoins de l'art. 11 de la *Charte*.

[107] Le juge Stratas rejette l'argument selon lequel, par application du par. 34(2) de la *Loi d'interprétation*, l'art. 11 de la *Charte* s'applique à l'art. 163.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sans compromettre sa validité, son applicabilité ou son effet. Il conclut plutôt que la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit la procédure administrative à suivre dans le cadre de l'établissement — et de tout appel subséquent — de la pénalité. Le paragraphe 34(2) ne peut donc pas s'appliquer de manière à emprunter la procédure du *Code criminel* pour les besoins de l'art. 163.2, car la *Loi de l'impôt sur le revenu*

Interpretation Act in support of the argument that s. 163.2 should be found invalid, inapplicable or inoperative, a notice of constitutional question had to have been served. His words bear repeating:

Ms. Guindon was obligated to serve [a notice of constitutional question] on the federal and provincial attorneys general if she sought a finding that a section of the Act was invalid, inoperative or inapplicable . . .

In substance, Ms. Guindon sought that very thing in the Tax Court and seeks that very thing here.

She contends that section 11 of the Charter applies to penalty proceedings under section 163.2 of the Act. If her contention is accepted, section 11 of the Charter renders the scheme of section 163.2 and related procedural sections invalid, inoperative or inapplicable. Section 11 of the Charter requires that a penalty can only be imposed until after charges are laid and a fair trial is conducted before an independent and impartial tribunal. Section 163.2 and related procedural sections do something quite different: under them, a person can be assessed a penalty and the assessment is binding unless it is varied or overturned by way of reconsideration or in an appeal to the Tax Court. Only in the Tax Court, after liability has been found, is there something akin to an independent and impartial trial of the matter.

In her memorandum of fact and law filed in this Court, Ms. Guindon submitted that, once section 163.2 of the *Income Tax Act* is regarded as an offence provision, subsection 34(2) of the *Interpretation Act* . . . kicks in. That subsection requires that *Criminal Code* procedures be followed instead of *Income Tax Act* procedures. In her view, then, finding section 163.2 is an offence under section 11 of the Charter does not make any procedures in the *Income Tax Act* invalid, inoperative, or inapplicable.

I disagree. This submission overlooks the language of subsection 34(2), which imposes the procedures of the *Criminal Code* to any offence, “except to the extent that [another] enactment otherwise provides.” The *Income*

comporte une disposition contraire. Selon le juge Stratas, puisque M^{me} Guindon invoque la *Loi d’interprétation* pour obtenir que l’art. 163.2 soit déclaré invalide, inapplicable ou sans effet, un avis de question constitutionnelle aurait dû être signifié. Voici ce qu’il dit :

[M^{me}] Guindon était tenue de signifier un [. . .] avis [de question constitutionnelle] au procureur général du Canada et aux procureurs généraux des provinces si elle cherchait à obtenir une déclaration d’invalidité, d’inapplicabilité ou d’absence d’effet d’un article de la Loi . . .

[M^{me}] Guindon cherchait essentiellement à obtenir une telle déclaration devant la Cour de l’impôt, tout comme elle le fait maintenant devant notre Cour.

[M^{me}] Guindon soutient que l’article 11 de la Charte s’applique aux procédures liées à une pénalité qui découlent de l’article 163.2 de la Loi. Si cette prétention était retenue, l’article 11 de la Charte rendrait invalides, inapplicables ou sans effet l’article 163.2 et des articles de nature procédurale connexes. Selon l’article 11, une [sanction] ne peut être imposée qu’après que des accusations ont été portées et qu’un procès équitable s’est déroulé devant un tribunal indépendant et impartial. L’article 163.2 et les articles de nature procédurale connexes prévoient de manière très différente qu’on peut imposer une pénalité à un contribuable au moyen d’une cotisation qui le lie à moins qu’elle ne soit modifiée ou annulée lors d’un nouvel examen ou d’un appel interjeté devant la Cour de l’impôt. Ce n’est que devant la Cour de l’impôt, après qu’on a conclu qu’il y a une obligation fiscale, que se déroule ce qui ressemble à un procès indépendant et impartial.

Dans son mémoire des faits et du droit déposé devant notre Cour, [M^{me}] Guindon a soutenu qu’une fois l’article 163.2 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* considéré comme étant une disposition créant une infraction, le paragraphe 34(2) de la *Loi d’interprétation* [. . .] devait recevoir application. Il découlerait de ce paragraphe l’obligation de se conformer aux procédures prévues au *Code criminel* plutôt qu’à la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Ainsi, selon [M^{me}] Guindon, conclure que l’article 163.2 établit une infraction au sens de l’article 11 de la Charte ne rend aucune procédure de la *Loi de l’impôt sur le revenu* invalide, inapplicable ou sans effet.

Je ne suis pas d’accord. Pour retenir cette prétention, il faut faire abstraction du libellé même du paragraphe 34(2), qui impose d’appliquer les procédures prévues au *Code criminel* à l’égard de l’infraction, « [s]auf

Tax Act otherwise provides. It provides for the assessment of a penalty under section 163.2, a reconsideration procedure and an appeal to the Tax Court.

Therefore, I conclude that in these circumstances, Ms. Guindon was seeking the invalidity, inoperability or inapplicability of sections of the *Income Tax Act*. A notice of constitutional question had to be served.

The failure to serve a notice of constitutional question took away the Tax Court's jurisdiction to consider whether section 163.2 of the Act creates a criminal offence, triggering Ms. Guindon's section 11 rights. [Citations omitted; paras. 22-28.]

[108] In the event that his conclusion that notice was required was found not to be legally justified, Stratas J.A. went on to consider the merits. He concluded that s. 163.2 of the *Income Tax Act* did not run afoul of either branch of the two-pronged test developed in *Wigglesworth*. First, he found that the penalty was intended to encourage compliance within an administrative scheme, as opposed to redressing a wrong done to society. It was not, as a result, "by its very nature" criminal. Nor did it meet the second prong of the test since it did not amount to a true penal consequence. Substantial monetary penalties may be imposed to deter conduct that undermines the administrative scheme and policy, but that does not make them "penal". And, significantly, the term "culpable conduct" has a defined meaning in the *Income Tax Act* that does not import the notion of "guilt" or of criminal conduct.

[109] For the reasons that follow, in our view, Ms. Guindon's failure to provide the requisite notice in the Tax Court should result in this Court refusing to entertain her constitutional argument.

Analysis

[110] This appeal raises the question of whether the failure to provide notice of a constitutional question before the Tax Court of Canada, as required

disposition contraire du texte créant l'infraction ». La *Loi de l'impôt sur le revenu* dispose le contraire, soit l'établissement d'une pénalité en vertu de l'article 163.2, une procédure de nouvel examen et un appel auprès de la Cour de l'impôt.

Je conclus donc que, dans les circonstances, [M^{me}] Guindon voulait obtenir une déclaration d'invalidité, d'inapplicabilité ou d'absence d'effet de dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Un avis de question constitutionnelle devait être signifié.

Le défaut de signification a privé la Cour de l'impôt de toute compétence pour examiner la question de savoir si l'article 163.2 de la Loi créait une infraction pénale, ce qui aurait déclenché à l'égard de [M^{me}] Guindon l'application des droits garantis par l'article 11. [Références omises; par. 22-28.]

[108] Dans l'éventualité où sa conclusion sur l'obligation de donner un avis ne serait pas jugée fondée en droit, le juge Stratas examine la question au fond. Il conclut que l'art. 163.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne satisfait ni à l'un ni à l'autre des deux volets du critère de l'arrêt *Wigglesworth*. Premièrement, la pénalité visait à favoriser le respect d'un régime administratif, non à réparer un tort causé à la société. Elle ne constituait donc pas, « de par sa nature même », une sanction criminelle. Deuxièmement, la pénalité imposée n'équivalait pas non plus à une véritable conséquence pénale. Une sanction pécuniaire substantielle peut être imposée pour décourager une conduite préjudiciable au régime administratif, mais il ne s'agit pas d'une sanction « pénale » pour autant. Et, fait important, l'expression « conduite coupable » que définit la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'introduit ni la notion de « culpabilité », ni celle de criminalité.

[109] Pour les motifs qui suivent, nous estimons que l'omission de M^{me} Guindon de signifier l'avis requis en Cour de l'impôt justifie notre Cour de refuser d'examiner son argument d'ordre constitutionnel.

Analyse

[110] Notre Cour doit décider si l'omission de signifier un avis d'une question constitutionnelle en Cour de l'impôt, malgré le par. 19.2(1) de la *Loi*

by s. 19.2(1) of the *Tax Court of Canada Act*, should prevent this Court from considering whether s. 163.2 of the *Income Tax Act* violates s. 11 of the *Charter*. Section 19.2(1) states:

If the constitutional validity, applicability or operability of an Act of Parliament or its regulations is in question before the Court, the Act or regulations shall not be judged to be invalid, inapplicable or inoperable unless notice has been served on the Attorney General of Canada and the attorney general of each province in accordance with subsection (2).

[111] As this Court explained in *Eaton*, provisions that require litigants to file notice of a constitutional question serve two central purposes: extending a full opportunity to governments to defend their legislation and ensuring that an evidentiary record that is the result of thorough examination is before the court (para. 48).

[112] Notice provisions play a particularly crucial role in *Charter* litigation, where, if an applicant successfully establishes a violation of an enumerated right, the burden shifts to the government to demonstrate on a balance of probabilities that the legislation in question is justified under s. 1 of the *Charter*. The s. 1 inquiry is fact-based. It turns on whether evidence adduced by the government demonstrates that the legislation has a pressing and substantial objective that is being pursued in a manner that is rational, minimally impairing of the affected right, and proportionate.

[113] Notice provisions therefore protect the public interest by giving Attorneys General an opportunity to present evidence so that a court can assess the constitutionality of the law fully and fairly. By-passing this crucial evidentiary step in a first instance forum where the evidence can be properly tested and challenged erodes not only the credibility of the outcome, but also public confidence that *Charter* compliance will be robustly reviewed.

sur la *Cour canadienne de l'impôt*, l'empêche de décider si l'art. 163.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* porte atteinte ou non aux droits garantis par l'art. 11 de la *Charte*. Voici le texte du par. 19.2(1) :

Les lois fédérales ou leurs textes d'application, dont la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, est en cause devant la Cour ne peuvent être déclarés invalides, inapplicables ou sans effet, que si le procureur général du Canada et ceux des provinces ont été avisés conformément au paragraphe (2).

[111] Dans l'arrêt *Eaton*, notre Cour explique que la disposition qui exige d'un plaideur qu'il dépose un avis de question constitutionnelle a deux objectifs principaux : donner aux gouvernements une occasion véritable de défendre la validité de leurs lois et faire en sorte que le tribunal dispose d'un dossier de preuve complet qui résulte d'un examen en profondeur (par. 48).

[112] L'exigence législative d'un avis joue un rôle particulièrement vital dans une affaire relative à la *Charte*, car si le plaideur établit l'atteinte à un des droits énumérés, il appartient alors à l'État de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que la disposition en cause est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. L'analyse que commande l'article premier est factuelle. Il s'agit alors de savoir si les éléments avancés par l'État prouvent que la disposition découle d'un objectif urgent et réel qui est appliqué de manière rationnelle, la moins attentatoire possible au droit invoqué et proportionnée.

[113] L'exigence législative d'un avis protège l'intérêt public en permettant aux procureurs généraux de présenter des éléments de preuve afin que le tribunal puisse examiner la constitutionnalité de la disposition de manière complète et équitable. Contourner cette étape cruciale sur le plan de la preuve en première instance, lorsque les éléments offerts peuvent être dûment vérifiés et contestés, compromet non seulement la crédibilité de la décision, mais aussi la confiance des citoyens dans le contrôle constitutionnel rigoureux des lois.

[114] Notice is essential not just for the Attorney General whose legislation is being challenged, but also for the other Attorneys General whose legislation may be incidentally affected by the outcome of the case and who, as a result, may wish to intervene: *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 49. The provision being challenged in this appeal, for example, creates an administrative monetary penalty that is assessed against individuals who fail to comply with a regulatory provision in the *Income Tax Act*. Every province has regulatory schemes that rely on similar administrative monetary penalties, and a finding that the impugned provision is unconstitutional because it fails to provide the procedural rights set out in s. 11 of the *Charter* may have ramifications for a number of these schemes. That is why it was essential in this case that the Attorneys General of these provinces be afforded the earliest opportunity to adduce their own evidence, test and rebut other evidence, and make submissions in respect of the constitutional question at issue.

[115] Notice provisions also ensure that appellate courts have the benefit of a full and rigorously tested evidentiary record. As this Court acknowledged in *Canada (Attorney General) v. Bedford*, [2013] 3 S.C.R. 1101:

The trial judge is charged with the responsibility of establishing the record on which subsequent appeals are founded. . . . This division of labour is basic to our court system. The first instance judge determines the facts; appeal courts review the decision for correctness in law or palpable and overriding error in fact. [para. 49]

[116] The importance of a full evidentiary record when resolving constitutional questions was considered in *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, at p. 361, where Cory J. emphasized that “*Charter* decisions should not and must not be made in a

[114] L’avis s’impose vis-à-vis non seulement du procureur général du ressort dont la disposition législative est contestée, mais aussi des procureurs généraux des autres ressorts dont les dispositions législatives peuvent être touchées de manière incidente par l’issue de l’affaire et qui, de ce fait, peuvent souhaiter intervenir (*Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 49). À titre d’exemple, la disposition contestée en l’espèce crée une sanction pécuniaire administrative que l’on impose au particulier qui omet d’observer une disposition de nature réglementaire de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Chaque province s’est dotée d’un régime de réglementation qui prévoit des sanctions pécuniaires administratives semblables, de sorte qu’une conclusion selon laquelle la disposition attaquée est inconstitutionnelle parce qu’elle n’offre pas les garanties procédurales énoncées à l’art. 11 de la *Charte* peut avoir des répercussions sur un certain nombre de ces régimes. Il était donc essentiel, dans la présente affaire, que ces procureurs généraux se voient accorder au plus tôt la possibilité de présenter leurs propres éléments de preuve, de vérifier et de contester ceux des autres parties et de soumettre leurs points de vue sur la question constitutionnelle soulevée.

[115] L’exigence législative d’un avis garantit aussi que la cour d’appel statuera à partir d’un dossier de preuve complet et rigoureusement vérifié. Rappelons les propos de la Cour dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Bedford*, [2013] 3 R.C.S. 1101 :

Il [le juge du procès] lui incombe de constituer le dossier sur lequel reposeront les appels subséquents. [. . .] Ce partage des tâches est fondamental dans notre système de justice. Le juge du procès se prononce sur les faits, puis les juridictions d’appel contrôlent sa décision pour déterminer si elle est fondée en droit ou si elle est entachée d’une erreur de fait manifeste ou dominante. [par. 49]

[116] Dans l’arrêt *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, notre Cour se penche sur l’importance d’un dossier de preuve complet pour trancher une question constitutionnelle. Le juge Cory souligne que « [l]es décisions relatives à la *Charte*

factual vacuum.” And Dickson J. in *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115, writing for a unanimous Court, declined to resolve a constitutional question relating to the Canada Labour Relations Board’s jurisdiction, because the challenge had not been made first at the Board and the record accordingly failed to establish the facts necessary to reach a conclusion on the constitutional issue: pp. 139-41.

[117] The central role notice provisions play in our constitutional democracy is reflected in the fact that every province and territory has a law requiring that notice of a constitutional question be served on the provincial Attorneys General, and, at times, also requiring that the Attorney General of Canada be served: *Judicature Act*, R.S.A. 2000, c. J-2, s. 24(1); *Constitutional Question Act*, R.S.B.C. 1996, c. 68, s. 8; *The Constitutional Questions Act*, C.C.S.M., c. C180, s. 7(2); *Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2, s. 22(3); *Judicature Act*, R.S.N.L. 1990, c. J-4, s. 57(1); *Constitutional Questions Act*, R.S.N.S. 1989, c. 89, s. 10(2); *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 109; *Judicature Act*, S.P.E.I. 2008, c. J-2.1, s. 49(1); *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25, art. 95; *The Constitutional Questions Act, 2012*, S.S. 2012, c. C-29.01, s. 13; *Judicature Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. J-1, s. 59(2); *Judicature Act*, S.N.W.T. (Nu.) 1998, c. 34, s. 58(1); *Constitutional Questions Act*, R.S.Y. 2002, c. 39, s. 2(1). There is also a similar notice provision in the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 57(1).

[118] The weight of judicial authority interpreting these provisions is to treat them as mandatory. In *Bekker v. Minister of National Revenue* (2004), 323 N.R. 195 (F.C.A.), the issue was the application of s. 57 of the *Federal Courts Act*, which substantively mirrors s. 19.2 of the *Tax Court of Canada Act* and states:

ne doivent pas être rendues dans un vide factuel » (p. 361). Dans l’arrêt *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115, le juge Dickson, au nom des juges unanimes de la Cour, refuse de trancher une question constitutionnelle relative à la compétence du Conseil canadien des relations du travail parce que la question n’a pas d’abord été soulevée devant le Conseil et que le dossier n’établit donc pas les faits nécessaires pour statuer (p. 139-141).

[117] Dans notre démocratie constitutionnelle, le rôle capital de l’avis se traduit par l’existence, dans chacune des provinces et dans chacun des territoires, d’une disposition exigeant qu’un avis de question constitutionnelle soit signifié aux procureurs généraux des provinces et des territoires et, parfois, au procureur général du Canada (*Judicature Act*, R.S.A. 2000, c. J-2, par. 24(1); *Constitutional Question Act*, R.S.B.C. 1996, c. 68, art. 8; *Loi sur les questions constitutionnelles*, C.P.L.M., c. C180, par. 7(2); *Loi sur l’organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, c. J-2, par. 22(3); *Judicature Act*, R.S.N.L. 1990, c. J-4, par. 57(1); *Constitutional Questions Act*, R.S.N.S. 1989, c. 89, par. 10(2); *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, c. C.43, art. 109; *Judicature Act*, S.P.E.I. 2008, c. J-2.1, par. 49(1); *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25, art. 95; *Loi de 2012 sur les questions constitutionnelles*, L.S. 2012, c. C-29.01, art. 13; *Loi sur l’organisation judiciaire*, L.R.T.N.-O. 1988, c. J-1, par. 59(2); *Loi sur l’organisation judiciaire*, L.T.N.-O. (Nu.) 1998, c. 34, par. 58(1); *Loi sur les questions constitutionnelles*, L.R.Y. 2002, c. 39, par. 2(1)). La *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, par. 57(1), comporte une disposition au même effet.

[118] Il appert des décisions judiciaires dans lesquelles de telles dispositions ont été interprétées qu’il faut y voir un effet obligatoire. Dans l’arrêt *Bekker c. Canada*, 2004 CAF 186, la Cour d’appel fédérale s’est penchée sur l’art. 57 de la *Loi sur les Cours fédérales*, dont la teneur est essentiellement la même que celle de l’art. 19.2 de la *Loi sur la Cour canadienne de l’impôt*. En voici le libellé :

57. (1) If the constitutional validity, applicability or operability of an Act of Parliament or of the legislature of a province, or of regulations made under such an Act, is in question before the Federal Court of Appeal or the Federal Court or a federal board, commission or other tribunal, other than a service tribunal within the meaning of the *National Defence Act*, the Act or regulation shall not be judged to be invalid, inapplicable or inoperable unless notice has been served on the Attorney General of Canada and the attorney general of each province

Létourneau J.A. confirmed that the court would

not entertain a constitutional challenge in the absence of a Notice being served . . . Notice must be given in every case in which the constitutional validity or applicability of a law is brought in question . . . including proceedings before the Tax Court . . . [para. 8]

See also *B.C.T.F. v. British Columbia (Attorney General)* (2009), 94 B.C.L.R. (4th) 267 (S.C.), at para. 41; *Paluska v. Cava* (2002), 59 O.R. (3d) 469 (C.A.), at para. 24; *Maurice v. Crédit Trans Canada Ltée*, [1996] R.J.Q. 894 (C.A.), at p. 898; *R. v. Nome* (2010), 362 Sask. R. 241 (C.A.), at para. 40; *D.N. v. New Brunswick (Minister of Health and Community Services)* (1992), 127 N.B.R. (2d) 383 (C.A.), at para. 5.

[119] The wording and purpose of s. 19.2(1) of the *Tax Court of Canada Act* align with these statutory provisions. It explicitly states that the court *shall not* adjudge a law to be invalid, inapplicable or inoperative unless the notice requirements are satisfied. There is no ambiguity in the text of the provision.

[120] This brings us to the effect of a failure to comply with a mandatory notice provision at the court or tribunal where it is required. *Eaton* remains the only case in which this Court has explicitly and fully considered the policy and evidentiary consequences of the failure to give the requisite notice of a constitutional issue. With the exception of cases where *de facto* notice was given or the Attorneys General consent to proceed in the absence of notice (*Eaton*, at para. 54), the Court concluded that such notice provisions were “mandatory and failure to give the notice invalidates a decision made in its

57. (1) Les lois fédérales ou provinciales ou leurs textes d’application, dont la validité, l’applicabilité ou l’effet, sur le plan constitutionnel, est en cause devant la Cour d’appel fédérale ou la Cour fédérale ou un office fédéral, sauf s’il s’agit d’un tribunal militaire au sens de la *Loi sur la défense nationale*, ne peuvent être déclarés invalides, inapplicables ou sans effet, à moins que le procureur général du Canada et ceux des provinces n’aient été avisés

Le juge Létourneau confirme que la Cour d’appel

n’examinera pas une question de nature constitutionnelle sans qu’un avis ait été signifié [. . .] [et que] l’avis doit être donné dans tous les cas où la validité constitutionnelle ou l’applicabilité d’une loi est remise en question [. . .] notamment dans une instance portée devant la Cour de l’impôt . . . [par. 8]

Voir également *B.C.T.F. c. British Columbia (Attorney General)* (2009), 94 B.C.L.R. (4th) 267 (C.S.), par. 41; *Paluska c. Cava* (2002), 59 O.R. (3d) 469 (C.A.), par. 24; *Maurice c. Crédit Trans Canada Ltée*, [1996] R.J.Q. 894 (C.A.), p. 898; *R. c. Nome* (2010), 362 Sask. R. 241 (C.A.), par. 40; *D.N. c. New Brunswick (Minister of Health and Community Services)* (1992), 127 R.N.-B. (2^e) 383 (C.A.), par. 5.

[119] Le libellé et l’objet du par. 19.2(1) de la *Loi sur la Cour canadienne de l’impôt* s’apparentent à ceux de ces dispositions législatives. Le paragraphe prévoit expressément que des lois fédérales *ne peuvent* être déclarées invalides, inapplicables ou sans effet que s’il a été satisfait à l’exigence d’un avis. Le texte est sans équivoque.

[120] Passons maintenant à l’effet de l’inobservation d’une disposition qui rend obligatoire la signification d’un avis devant une cour de justice ou un tribunal administratif. L’arrêt *Eaton* demeure le seul arrêt dans lequel la Cour examine de manière explicite et approfondie les conséquences sur le plan de la politique générale et de la preuve de l’omission de donner l’avis de question constitutionnelle requis. Sauf les cas dans lesquels l’avis a été donné *de facto* ou les procureurs généraux ont consenti à l’examen de la question malgré l’absence d’avis (*Eaton*, par. 54), la Cour estime que

absence”: para. 53. There was, the Court held, no need to show actual prejudice since Sopinka J. concluded that the “absence of notice is in itself prejudicial to the public interest”: *Eaton*, at para. 53. Prejudice is assumed from the failure to give notice since it means that a party entitled to make representations has been denied the opportunity to do so. In other words, the issue is not whether a party can establish *actual* prejudice; prejudice to the public is presumed from the failure to have full *Charter* scrutiny when it is first required. That is why a lack of notice is not merely a technical defect: *Eaton*, at para. 55. As the Federal Court of Appeal noted in *Bekker*, “[s]uch Notice is not a mere formality or technicality that can be ignored or that the Court can relieve a party of the obligation to comply with”: para. 8.

[121] This position was also adopted by Rothstein J.A. in *Gitksan Treaty Society v. Hospital Employees’ Union*, [2000] 1 F.C. 135, at para. 10, where he concluded that the requirement to give notice under s. 57(1) of the *Federal Courts Act* is “mandatory” and that “the presence or absence of prejudice is irrelevant”. Most appellate courts have followed this approach: see e.g. *Paluska*, at paras. 21-24; *Mercier v. Canada (Correctional Service)*, [2012] 1 F.C.R. 72 (C.A.); *Nome; R. v. Lord* (2011), 307 B.C.A.C. 285, at para. 27; *Ardoch Algonquin First Nation v. Canada (Attorney General)*, [2004] 2 F.C.R. 108 (C.A.) (“*Misquadis*”), at para. 50.

[122] Given that the notice provision is mandatory in the Tax Court, we agree with Stratas J.A. that the Tax Court judge was not entitled to deal with the constitutional issue without notice. This Court, however, has the discretion to entertain new issues: *R. v. Brown*, [1993] 2 S.C.R. 918; *Quan v. Cusson*, [2009] 3 S.C.R. 712. The issue in this case, therefore, is how that discretion should be exercised when the new issue raised is a constitutional one which was subject to a mandatory notice requirement in the court or tribunal of first instance. The

la disposition en cause « impose une obligation » et que « l’omission de donner l’avis invalide une décision rendue en son absence » (*Eaton*, par. 53). Elle ajoute qu’il n’est pas nécessaire de prouver l’existence d’un préjudice puisque, conclut le juge Sopinka, « l’absence d’avis est préjudiciable en soi à l’intérêt public » (*Eaton*, par. 53). L’omission de donner l’avis fait présumer le préjudice car elle empêche une partie qui y a droit de faire valoir son point de vue. Autrement dit, l’existence du préjudice n’est pas en cause; le préjudice subi par le public est présumé puisqu’un examen approfondi des dispositions au regard de la *Charte* n’a pas eu lieu alors qu’il s’imposait dans l’instance antérieure. C’est la raison pour laquelle l’absence d’avis ne constitue pas seulement un vice de forme (*Eaton*, par. 55). Comme le relève la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Bekker*, « [c]et avis n’est pas qu’une simple formalité ou technicalité que la Cour peut ignorer ou à l’égard de laquelle elle peut accorder une dispense » (par. 8).

[121] Le juge Rothstein en convient également dans l’arrêt *Gitksan Treaty Society c. Hospital Employees’ Union*, [2000] 1 C.F. 135 (C.A.), par. 10, où il conclut qu’il « existe une obligation » de donner un avis en conformité avec le par. 57(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* et que « la présence ou l’absence de préjudice n’est pas un facteur pertinent ». La plupart des juridictions d’appel adhèrent à cette approche (voir p. ex. *Paluska*, par. 21-24; *Mercier c. Canada (Service correctionnel)*, [2012] 1 R.C.F. 72 (C.A.); *Nome; R. c. Lord* (2011), 307 B.C.A.C. 285, par. 27; *Première nation algonquienne d’Ardoch c. Canada (Procureur général)*, [2004] 2 R.C.F. 108 (C.A.) (« *Misquadis* »), par. 50).

[122] Vu le caractère obligatoire de la disposition exigeant un avis en Cour de l’impôt, nous convenons avec le juge Stratas que, faute d’avis, le juge de première instance n’avait pas compétence pour entreprendre l’étude de la question constitutionnelle. La Cour a toutefois un pouvoir discrétionnaire qui lui permet d’entendre de nouvelles questions (*R. c. Brown*, [1993] 2 R.C.S. 918; *Quan c. Cusson*, [2009] 3 R.C.S. 712). Il s’agit donc en l’espèce de déterminer comment ce pouvoir doit être exercé lorsque la nouvelle question soulevée

existence of such a notice requirement argues for the discretion being a very narrow one which should only sparingly be exercised to avoid the practice and perception that such mandatory provisions can be circumvented by raising constitutional arguments as new issues and giving notice for the first time in this Court.

[123] In *Eaton*, this Court declined to hear the constitutional issue where the required notice had not been given in previous proceedings. In our view, this should be the operative presumption. There is no suggestion in any subsequent decision of this Court that the notice issue was wrongly decided in *Eaton*. As a result, as *Eaton* directs, the mandatory language of s. 19.2 and its underlying policy rationales support the conclusion that this Court should not, absent exceptional circumstances, adjudicate the constitutionality of s. 163.2 of the *Income Tax Act* in the absence of notice in the Tax Court.

[124] The failure to notify Attorneys General in the forum where notice is required and doing so only for the first time in *this* Court undermines the purposes underlying the notice provisions. Most significantly, it undermines public confidence because it extinguishes the legislative assurances that this Court will have the benefit of a complete and tested record when scrutinizing the constitutionality of legislation.

[125] If this Court arrogates to itself a broad authority to retroactively remedy a failure to give notice in the Tax Court where it is required, the mandatory character of s. 19.2 is eroded. Not only does this send the message that compliance with mandatory notice provisions is merely optional, it also has the effect of making them essentially discretionary. This would contradict Rothstein J.A.'s admonition that courts "cannot deal with constitutional arguments raised in a random and

est de nature constitutionnelle et qu'elle exige la signification d'un avis en première instance. L'exigence d'un avis appuie la thèse de l'existence d'un pouvoir discrétionnaire très limité que la Cour doit exercer avec circonspection afin d'éviter que ne se généralise le contournement de dispositions obligatoires — ou l'impression que l'on peut les contourner — par la formulation d'arguments constitutionnels qualifiés de questions nouvelles et la signification d'un premier avis devant la Cour.

[123] Dans l'arrêt *Eaton*, la Cour refuse d'entreprendre l'étude de la question constitutionnelle parce que l'avis requis n'a pas été donné dans les instances antérieures. À notre avis, telle est la présomption qui doit s'appliquer. Aucun autre arrêt ultérieur de la Cour ne permet de conclure que la question de l'avis a fait l'objet d'une décision erronée dans *Eaton*. Partant, comme le prescrit cet arrêt, le libellé impératif de l'art. 19.2 et les considérations de politique générale qui le sous-tendent appuient la conclusion selon laquelle, sauf circonstances exceptionnelles, la Cour ne doit pas se prononcer sur la constitutionnalité de l'art. 163.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en l'absence d'un avis en Cour de l'impôt.

[124] Le fait de ne pas avoir signifié un avis aux procureurs généraux devant la juridiction qui l'exigeait et d'en avoir signifié un pour la première fois devant *notre* Cour porte atteinte à la raison d'être des dispositions en cause. Mais surtout, il en résulte une brèche dans la confiance du public puisqu'il y a anéantissement des garanties légales censées faire en sorte que la Cour dispose d'un dossier de preuve complet et vérifié pour se prononcer sur la constitutionnalité de dispositions législatives.

[125] Si la Cour s'attribuait un large pouvoir de remédier rétroactivement à l'omission de donner l'avis requis en Cour de l'impôt, le caractère obligatoire de l'art. 19.2 serait affaibli. Ce serait non seulement transmettre le message que l'observation des dispositions exigeant l'avis est purement facultative, mais aussi conférer à cette obligation un caractère essentiellement optionnel. Cela irait à l'encontre de la mise en garde du juge Rothstein selon laquelle les tribunaux « ne peu[vent] statuer

unstructured manner. The legislation creates procedures which must be followed by a party attacking the constitutionality of a statute”: *Misquadis*, at para. 50.

[126] Given the wording of s. 19.2, it is difficult to see how Parliament could have telegraphed its intent that the provision be treated as mandatory in more unequivocal terms. As LeBel J. observed in *Re:Sound v. Motion Picture Theatre Associations of Canada*, [2012] 2 S.C.R. 376, at para. 33, “[a]lthough statutes may be interpreted purposively, the interpretation must nevertheless be consistent with the words chosen by Parliament”. Here, both the purpose and the wording of the provision trumpet that notice is mandatory. To nonetheless read in a broad discretion for this Court to ignore the failure to give notice in prior proceedings amounts to judicial redrafting in the face of an unambiguous statutory provision. With respect, such an approach has an unfortunate resonance with the history of the interpretive acrobatics used to avoid the effect of privative clauses by “brand[ing] as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so”: *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, at p. 233. It also imposes an insurmountable drafting obstacle for governments who would otherwise be inclined to seek to rectify the uncertainty created by this interpretive reformulation, since it is difficult to conceive of how they could provide a clearer statutory direction than they already have.

[127] The fact that the Chief Justice may have stated a constitutional question in this Court at the request of Ms. Guindon, does not disturb this conclusion. A motion to state a constitutional question before this Court is almost always granted where requested. It was never intended to replace or by-pass mandatory notice provisions in other statutes. In *Eaton*, for example, Lamer C.J. certified the constitutional questions that were raised by the appellants in that case. But in deciding not to

sur des arguments constitutionnels soulevés d’une manière improvisée et non structurée. Les textes législatifs énoncent des procédures qui doivent être observées par la partie qui conteste la constitutionnalité d’une loi » (*Misquadis*, par. 50).

[126] En raison du libellé de l’art. 19.2, on peut difficilement concevoir que le législateur exprime de manière plus claire sa volonté de faire en sorte que la disposition soit tenue pour obligatoire. Dans *Ré:Sonne c. Fédération des associations de propriétaires de cinémas du Canada*, [2012] 2 R.C.S. 376, par. 33, le juge LeBel fait observer que « [m]ême si les lois peuvent être interprétées de manière téléologique, leur interprétation doit néanmoins respecter les mots choisis par le législateur. » Dans le cas qui nous occupe, tant l’objet que le libellé de la disposition affirment le caractère obligatoire de l’avis. Recourir à l’interprétation large pour y voir un pouvoir discrétionnaire permettant à la Cour de ne pas tenir compte de l’absence d’avis dans les instances antérieures revient à reformuler la disposition alors qu’elle est parfaitement claire. Soit dit en tout respect, une telle approche s’apparente malheureusement aux contorsions qui, par le passé, ont servi à se soustraire à l’effet d’une clause d’inattaquabilité en « qualifi[ant] [. . .] un point de question de compétence, et [en l’assujettissant ainsi] à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu’il existe un doute à cet égard » (*Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, p. 233). Elle créerait, sur le plan de la rédaction législative, un obstacle insurmontable pour le législateur qui, sinon, serait tenté de clarifier sa disposition ainsi reformulée, car on peut difficilement concevoir qu’il rédige une disposition dont le libellé est plus clair qu’il ne l’est déjà.

[127] La formulation d’une question constitutionnelle par la Juge en chef à la demande de M^{me} Guindon ne modifie en rien cette conclusion. La Cour fait presque toujours droit à une demande en ce sens. Elle ne le fait jamais dans le but de se substituer aux dispositions impératives d’une loi, ni afin de contourner celles-ci. À titre d’exemple, dans *Eaton*, le juge en chef Lamer avait certifié les questions constitutionnelles soulevées par les appelants. Lorsqu’il décide de ne pas les examiner parce

address them because of the absence of notice in the court where it was first required, Sopinka J. confirmed that, “[t]he order stating constitutional questions did not purport to resolve the question as to whether the decision of the Court of Appeal to raise them was valid in the absence of notice or whether this Court would entertain them”: para. 47. Moreover, he noted, “[t]he fact that constitutional questions are stated does not oblige the Court to deal with them”: para. 47.

[128] While this is not a jurisdictional issue, permitting the artifice of notice at this Court to replace notice in the forum from which an appeal is taken would, in effect, permit parties to do an “end run” around these mandatory notice provisions. Such an approach would have the effect of replacing *Eaton*’s presumption of prejudice with an assumption of no prejudice if notice is given eventually in this Court. The harmful effect of the absence of notice on a court’s ability to provide rigorous and credible scrutiny of constitutional challenges is no less significant at this Court than in other adjudicative forums.

[129] The approach taken in *Eaton* was confirmed in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, decided around the same time. In that case, Lamer C.J. declined to answer the constitutional questions because the complainants failed to raise the constitutionality of the impugned provisions at trial. He concluded that it was not appropriate for the superior court judge to proceed on his own initiative, without the benefit of submissions and without giving the required notice to the Attorney General of the province, to consider their constitutionality, let alone make declarations of invalidity: paras. 263-64.

[130] The mandatory wording of the statute and the policy reasons underlying notice provisions therefore lead us to the conclusion that, in addition to the two exceptions set out in *Eaton* — *de facto* notice and the consent of the Attorneys General —

qu’un avis n’a pas été signifié devant le premier tribunal qui l’exigeait, le juge Sopinka confirme que « [l’]ordonnance formulant les questions constitutionnelles ne visait pas à déterminer si la décision de la Cour d’appel de les soulever était valide en l’absence d’avis ou si notre Cour les examinerait » (par. 47). Il ajoute que « [l]e fait que des questions constitutionnelles soient formulées n’oblige pas la Cour à les examiner » (par. 47).

[128] Même si nous n’avons pas à statuer en matière de compétence, permettre le stratagème qui consiste à substituer l’avis devant notre Cour à celui requis par le tribunal dont la décision est portée en appel reviendrait en fait à permettre au plaideur de passer outre aux dispositions obligatoires en cause. Ce serait aussi écarter la présomption de préjudice reconnue dans *Eaton* au bénéfice d’un postulat d’absence de préjudice lorsqu’un avis est finalement signifié une fois le débat entrepris devant notre Cour. L’effet préjudiciable de l’absence d’avis sur la possibilité, pour le tribunal, de se livrer à une analyse rigoureuse et crédible des questions constitutionnelles n’est pas moins grand devant notre Cour que devant les autres juridictions.

[129] La démarche suivie dans *Eaton* est confirmée dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, un arrêt rendu à peu près au même moment. Dans ce dossier, le juge en chef Lamer refuse de répondre aux questions constitutionnelles parce que les plaignants n’ont pas soulevé la question de la constitutionnalité des dispositions en cause au procès. Il conclut qu’il ne convenait pas que le juge de la cour supérieure, sans avoir entendu d’arguments et sans que l’avis requis ait été donné au procureur général de la province, décide, de sa propre initiative, d’examiner la constitutionnalité de ces dispositions, encore moins qu’il les déclare inopérantes (par. 263-264).

[130] Les termes impératifs employés dans la loi et les raisons de principe qui sous-tendent les dispositions sur l’avis nous amènent donc à conclure que, outre les deux exceptions reconnues dans *Eaton* — l’avis *de facto* et le consentement des

absent exceptional circumstances, this Court should not entertain a constitutional argument where notice was not properly provided in the court or tribunal of first instance. Exceptional circumstances include those where the constitutional issue has an overwhelming urgency or public importance that justifies hearing it in this Court, or where the party bringing the constitutional challenge had little choice but to raise it for the first time in this Court. This, in our view, is the approach that best aligns with the principles set out in *Eaton*, the language of s. 19.2 and the basic purposes of mandatory notice provisions.

[131] There is no danger that an approach that gives effect to the plain language of s. 19.2 of the *Tax Court of Canada Act* will irremediably block otherwise meritorious constitutional challenges. Trial courts can always adjourn the proceedings in order to allow the required notice to be served: see e.g. *Paluska*, at para. 27; *Nome*, at para. 37. Appellate courts can also, if they deem it advisable, remand a constitutional challenge improperly raised before them: see e.g. *Morine v. Parker (L & J) Equipment Inc.* (2001), 193 N.S.R. (2d) 51 (C.A.), at para. 58. And of course, this Court, where it is of the view that the circumstances require it, can preferably remand the case back to the original court or tribunal where the necessary notice can be given and a full evidentiary record created: s. 43(1.1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26.

[132] In support of their argument that this Court should have a broader discretion to hear constitutional issues in the absence of the required notice at the court or tribunal of first instance, our colleagues cite four cases decided after *Eaton* where this Court has entertained new constitutional issues on appeal: *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, [2005] 3 S.C.R. 302; the companion cases of *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 498, and *Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital*, [2004] 1 S.C.R. 528; and *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, [2013] 3 S.C.R. 53. There is no explanation in those cases

procureurs généraux —, la Cour ne doit pas, sauf circonstances exceptionnelles, connaître d'une question constitutionnelle alors qu'un avis n'a pas dûment été donné en première instance. Au nombre des circonstances exceptionnelles, mentionnons l'urgence extrême ou l'importance publique de trancher la question constitutionnelle qui justifie la Cour de l'entendre ou l'absence d'un autre choix, pour la partie en cause, que celui de soulever la question constitutionnelle pour la première fois devant la Cour. Il s'agit selon nous de l'approche qui se concilie le mieux avec les principes énoncés dans *Eaton*, le libellé de l'art. 19.2 et les objectifs fondamentaux des dispositions obligatoires en matière d'avis.

[131] Donner effet au libellé clair de l'art. 19.2 de la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt* ne présente aucun risque de faire irrémédiablement obstacle à une contestation constitutionnelle par ailleurs fondée. Une cour de justice peut toujours suspendre l'instance pour permettre la signification de l'avis requis (voir p. ex. *Paluska*, par. 27; *Nome*, par. 37). Une cour d'appel peut également, si elle le juge approprié, renvoyer à une autre juridiction une question constitutionnelle soulevée sans droit devant elle (voir p. ex. *Morine c. Parker (L & J) Equipment Inc.* (2001), 193 N.S.R. (2d) 51 (C.A.), par. 58). Évidemment, lorsqu'elle estime que les circonstances l'exigent, notre Cour peut idéalement renvoyer l'affaire à la juridiction d'origine afin que l'avis nécessaire puisse être donné et qu'un dossier de preuve complet puisse être constitué (par. 43(1.1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26).

[132] À l'appui de leur argument selon lequel la Cour devrait jouir d'un large pouvoir discrétionnaire qui lui permette de connaître de questions constitutionnelles même lorsque l'avis requis n'a pas été donné en première instance, nos collègues invoquent quatre affaires postérieures à *Eaton* dans lesquelles notre Cour s'est saisie de questions constitutionnelles nouvelles en appel (*Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 302; les arrêts connexes *Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 498, et *Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital*, [2004] 1 R.C.S. 528; ainsi que *Marine*

for why *Eaton* was not followed, nor was there any explanation for why these new issues were entertained at all. *Eaton* is a clear and recent precedent of this Court and we see no reason to depart from it. Accordingly, in the absence the consent of the Attorneys General, *de facto* notice, or exceptional circumstances, this Court should not consider a constitutional argument made in the absence of a required notice of a constitutional question.

[133] In this case, Ms. Guindon failed to serve notice of a constitutional question before the Tax Court. She once again failed to serve the notice required by s. 57 of the *Federal Courts Act* in proceedings before the Federal Court of Appeal. Before this Court, Ms. Guindon filed notice for the first time.

[134] While we are not troubled by Stratas J.A.'s alternative conclusion on the merits of the *Charter* issue, since notice under s. 19.2 of the *Tax Court of Canada Act* is mandatory, the Tax Court should not have entertained the constitutional arguments in its absence. Ms. Guindon attempted to bring her case outside the scope of s. 19.2 by arguing that she was merely asserting her *Charter* rights, as opposed to seeking a declaration of invalidity, inapplicability or inoperability. This represents an attempt to circumvent the notice requirement under the guise of seeking an interpretation reconciling the provision with the *Charter*. Having raised a constitutional argument, however, Ms. Guindon was bound by the procedural requirements that govern its determination and cannot avoid them by suggesting that her goal is otherwise.

[135] The protections set out in s. 11 of the *Charter* cannot simply be read into the regulatory scheme without rendering s. 163.2 invalid, inapplicable or inoperative. The *Income Tax Act* provides a set of procedures and processes that are distinct from those set out in the *Criminal Code*.

Services International Ltd. c. Ryan (Succession), [2013] 3 R.C.S. 53). Dans ces arrêts, la Cour ne précise pas les motifs pour lesquels *Eaton* n'est pas suivi, ni même pourquoi ces questions nouvelles sont même examinées. L'arrêt *Eaton* constitue un précédent clair et récent de notre Cour et nous ne voyons aucune raison de l'écartier. En conséquence, faute du consentement des procureurs généraux, d'un avis *de facto* ou de circonstances exceptionnelles, la Cour ne saurait se prononcer sur un argument d'ordre constitutionnel sans que l'avis requis n'ait été signifié.

[133] Dans la présente affaire, M^{me} Guindon n'a pas signifié d'avis de question constitutionnelle en Cour de l'impôt. Elle ne l'a pas fait non plus en Cour d'appel fédérale, alors que l'art. 57 de la *Loi sur les Cours fédérales* l'exigeait. M^{me} Guindon a déposé un tel avis pour la première fois devant notre Cour.

[134] Bien que la conclusion subsidiaire du juge Stratas sur le fond de la question relative à la *Charte* ne soulève aucune difficulté apparente, vu le caractère obligatoire de l'avis exigé à l'art. 19.2 de la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, la Cour de l'impôt n'aurait pas dû examiner la thèse constitutionnelle malgré l'absence de cet avis. M^{me} Guindon a tenté d'échapper à l'application de l'art. 19.2 en soutenant qu'elle faisait seulement valoir ses droits constitutionnels, par opposition à demander que la disposition attaquée soit déclarée invalide, inapplicable ou sans effet. Elle a tenté de contourner l'exigence de la signification d'un avis sous prétexte d'avancer une interprétation de la loi qui concilie la disposition avec la *Charte*. Mais comme elle a soulevé un argument constitutionnel, elle était tenue au respect des exigences procédurales applicables pour que la cour saisie puisse se prononcer et elle ne peut s'y soustraire en laissant entendre que son objectif est tout autre.

[135] On ne peut tout bonnement intégrer les garanties de l'art. 11 de la *Charte* au régime de réglementation sans rendre l'art. 163.2 invalide, inapplicable ou sans effet. La *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit un ensemble de procédures et de processus qui diffèrent de ceux que prévoit le

Section 163.2(2) provides the authority for the assessment and levying of the penalty. The procedures to be followed by a taxpayer who objects to an assessment under Part I of the *Income Tax Act*, which includes s. 163.2, are set out in s. 165. Pursuant to that section, the Minister will reassess or make an additional assessment in respect of the amount that was raised in the taxpayer's notice of objection. If the taxpayer is still not satisfied, he or she may appeal in accordance with s. 169 of the *Income Tax Act*. Section 34(2) of the *Interpretation Act*, as a result, does not apply.

[136] Neither exception from *Eaton* applies in this case. Nor are there any exceptional circumstances: there is no particular urgency or overwhelming public importance that distinguishes this case from other constitutional cases, and there is virtually no explanation for why notice was not given in the prior proceedings.

[137] Our colleagues would nonetheless consider Ms. Guindon's constitutional argument because "[t]he issue raised on appeal is important" and "it is in the public interest to decide" it: para. 35. All constitutional issues are important, however. That is why the notice provisions exist, namely to ensure that given the importance of constitutional issues, the public interest is protected by ensuring that they are decided on a full evidentiary record. But simply to point to the importance of constitutional issues as overriding the notice requirements, leads essentially to entertaining all constitutional arguments raised in this Court for the first time.

[138] Our colleagues also conclude there would be no prejudice from considering the issue in the absence of notice. Ms. Guindon first raised the constitutional challenge in her closing arguments at the Tax Court. The Attorney General of Canada objected, arguing that notice was required. Neither the Attorney General of Canada, nor the provincial Attorneys General whose own regulatory schemes

Code criminel. Le paragraphe 163.2(2) confère le pouvoir d'établir et de percevoir la pénalité. La procédure que doit suivre le contribuable désireux de faire opposition à une cotisation établie sous le régime de la partie I de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, laquelle englobe l'art. 163.2, est énoncée à l'art. 165. Suivant cette disposition, le ministre établit une cotisation nouvelle ou supplémentaire quant à la somme qui fait l'objet de l'avis d'opposition. Le contribuable qui demeure insatisfait peut faire appel en application de l'art. 169 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le paragraphe 34(2) de la *Loi d'interprétation* ne s'applique donc pas.

[136] Ni l'une ni l'autre des exceptions de l'arrêt *Eaton* ne s'appliquent en l'espèce. Il n'existe pas non plus de circonstances exceptionnelles : nulle urgence particulière ou importance manifeste pour le public ne distingue la présente espèce d'une autre affaire constitutionnelle, et aucune explication de l'absence d'avis dans les instances antérieures n'a pour ainsi dire été offerte.

[137] Nos collègues estiment néanmoins qu'il y a lieu d'examiner l'argument constitutionnel de M^{me} Guindon parce que « [l]a question constitutionnelle soulevée importe » et que « le public a intérêt à ce qu'elle soit tranchée » (par. 35). Or, toutes les questions constitutionnelles sont importantes. C'est d'ailleurs pour cette raison que des dispositions prévoient la signification d'un avis lorsqu'on les soulève : vu l'importance des questions constitutionnelles, on protège l'intérêt public en assurant qu'elles soient tranchées à partir d'un dossier de preuve complet. Conclure simplement que l'importance des questions constitutionnelles prime l'exigence d'un avis revient essentiellement à permettre l'examen de tout argument constitutionnel soulevé pour la première fois devant la Cour.

[138] Nos collègues concluent également que l'examen de la question malgré l'absence d'avis n'entraînerait aucun préjudice. M^{me} Guindon a soulevé la question constitutionnelle pour la première fois lors de son exposé final devant la Cour de l'impôt. Le procureur général du Canada a alors formulé une objection au motif qu'un avis aurait dû être donné. Ni lui, ni les procureurs généraux

could clearly be affected by the outcome, had the opportunity to fully participate in building the necessary evidentiary record before the Tax Court. And two of the three Attorneys General who participated in this Court objected to the failure to provide notice at the Tax Court. Far from conceding that there was no prejudice in this case as our colleagues suggest, the Attorney General of Canada in fact insisted that there *was* prejudice to the public from the failure to provide notice: transcript, at p. 49. As this Court said in *Eaton*, prejudice is *assumed* from the absence of notice: para. 53. The burden of showing the contrary is on Ms. Guindon, not on the Attorneys General.

[139] Finally, it is impossible in the absence of a full evidentiary record and argument, to conclude, as our colleagues do, that this Court has “the benefit of fully developed reasons for judgment on the constitutional point in both of the courts below”: para. 35. We cannot know what reasons would have been formulated had Ms. Guindon provided proper notice, allowing the Attorneys General from across Canada to adduce evidence and make arguments at the Tax Court and Court of Appeal about the impact of her s. 11 argument on their respective statutory schemes.

[140] As a result, to consider the constitutional issue in this case, as our colleagues would, essentially means that it could be exercised in *any* case where the Court is sufficiently attracted by the constitutional issue, notwithstanding the public importance of notice provisions, the wording of s. 19.2, and the binding precedent of *Eaton*. Ms. Guindon knew that the Attorney General of Canada had objected to her failure to file notice before the Tax Court when she made her closing argument, yet even in the Federal Court of Appeal, she failed to file the required notice. Essentially, she took the risk of gambling with public resources, rather than simply complying with plain statutory requirements. Entertaining her constitutional argument in these circumstances would sanction and encourage

des provinces dont les régimes de réglementation pouvaient nettement être touchés par la décision n’ont eu la possibilité de participer pleinement à la constitution du dossier de preuve nécessaire en Cour de l’impôt. D’ailleurs, deux des trois procureurs généraux prenant part à l’instance devant notre Cour dénoncent l’absence d’avis en Cour de l’impôt. Loin de concéder qu’aucun préjudice n’a été causé en l’espèce comme le laissent entendre nos collègues, le procureur général du Canada insiste sur le fait que cette omission *a causé* un préjudice *au public* (transcription de l’audience, p. 49). Comme l’affirme la Cour dans l’arrêt *Eaton*, le préjudice est *présumé* de l’absence d’avis (par. 53). C’est à M^{me} Guindon, et non aux procureurs généraux, de prouver le contraire.

[139] Enfin, faute d’un dossier de preuve complet sur lequel les parties ont débattu, il est impossible de conclure, comme le font nos collègues, que la Cour dispose de « motifs de jugement détaillés des deux juridictions inférieures sur la question constitutionnelle » (par. 35). Nous ne pouvons savoir quels auraient été ces motifs si M^{me} Guindon avait donné l’avis requis et permis par le fait même aux procureurs généraux de tout le pays de présenter à la Cour de l’impôt et à la Cour d’appel fédérale des éléments de preuve et des arguments sur les répercussions qu’aurait l’application de l’art. 11 sur les régimes législatifs de chacun des ressorts en cause.

[140] Examiner la question constitutionnelle en l’espèce comme le préconisent nos collègues ferait donc essentiellement en sorte que la Cour puisse exercer son pouvoir discrétionnaire *chaque fois* qu’une question constitutionnelle l’interpelle, indépendamment de l’importance pour le public des dispositions en matière d’avis, du libellé de l’art. 19.2 et du caractère obligatoire de l’arrêt *Eaton*. Lorsqu’elle a présenté son exposé final, M^{me} Guindon savait que le procureur général du Canada avait dénoncé son omission de déposer un avis devant la Cour de l’impôt. Pourtant, même en Cour d’appel fédérale, elle n’a pas déposé l’avis requis. En somme, elle a fait le pari d’aller de l’avant au risque de porter atteinte aux ressources publiques au lieu de simplement respecter les exigences claires de la loi.

this tactic, allowing for the genuine possibility that cases would wind their way through the process, only to be rejected at this Court because the record is inadequate. While our colleagues focus on the judicial resources that went into *this* case, we are concerned about the resources that would be wasted in the many cases that follow. A narrower discretion not only better responds to the mandatory language of the statute and the purpose of notice provisions, it also sends a clear message not to waste resources by gambling on the beneficence of this Court.

[141] Accordingly, in the absence of giving the Attorneys General the required notice to enable them, if they so choose, to present evidence and arguments, Bédard J. should not have addressed the constitutionality of s. 163.2 of the *Income Tax Act*. This Court too, in accordance with its precedent in *Eaton* and in the absence of any exceptional circumstances, should refrain from entertaining the issue.

[142] We would dismiss the appeal with costs throughout.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Drache Aptowitzer, Ottawa; Baker & McKenzie, Toronto.

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

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.

Examiner son argument constitutionnel en pareilles circonstances reviendrait à sanctionner et à encourager une telle stratégie, de sorte qu'une affaire puisse effectivement franchir toutes les étapes et parvenir devant notre Cour pour y être finalement rejetée en raison du caractère incomplet du dossier. Alors que nos collègues se soucient des ressources judiciaires consacrées à ce jour à *la présente* affaire, nous nous soucions de celles qui seront gaspillées dans les nombreuses instances qui suivront. Non seulement l'exercice mesuré du pouvoir discrétionnaire s'accorde mieux avec le libellé obligatoire de la loi et l'objectif de l'exigence législative de la signification d'un avis, mais il transmet le message clair qu'il ne faut pas gaspiller les ressources en misant sur la bienveillance de la Cour.

[141] En conséquence, à défaut de la signification de l'avis requis pour permettre aux procureurs généraux, s'ils le souhaitent, d'offrir des éléments de preuve et des arguments, le juge Bédard n'aurait pas dû entreprendre l'étude de la constitutionnalité de l'art. 163.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En raison des enseignements de l'arrêt *Eaton* et de l'absence de circonstances exceptionnelles, notre Cour devrait elle aussi s'abstenir d'entreprendre un tel débat.

[142] Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Drache Aptowitzer, Ottawa; Baker & McKenzie, Toronto.

Procureur de l'intimée : Procureur général du Canada, Ottawa.

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 Chartered Professional Accountants Canada: Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Constitution Foundation: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Comptables professionnels agréés du Canada : Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Procureurs de l'intervenante Canadian Constitution Foundation : McCarthy Tétrault, Toronto.

**Chevron Corporation and
Chevron Canada Limited** *Appellants*

v.

Daniel Carlos Lusitande Yaiguaje,
Benancio Fredy Chimbo Grefa,
Miguel Mario Payaguaje Payaguaje,
Teodoro Gonzalo Piaguaje Payaguaje,
Simon Lusitande Yaiguaje,
Armando Wilmer Piaguaje Payaguaje,
Angel Justino Piaguaje Lucitante,
Javier Piaguaje Payaguaje, Fermin Piaguaje,
Luis Agustin Payaguaje Piaguaje,
Emilio Martin Lusitande Yaiguaje,
Reinaldo Lusitande Yaiguaje, Maria Victoria
Aguinda Salazar, Carlos Grefa Huatatoca,
Catalina Antonia Aguinda Salazar,
Lidia Alexandria Aguinda Aguinda,
Clide Ramiro Aguinda Aguinda,
Luis Armando Chimbo Yumbo,
Beatriz Mercedes Grefa Tanguila,
Lucio Enrique Grefa Tanguila,
Patricio Wilson Aguinda Aguinda,
Patricio Alberto Chimbo Yumbo,
Segundo Angel Amanta Milan,
Francisco Matias Alvarado Yumbo,
Olga Gloria Grefa Cerda, Narcisa Aida
Tanguila Narvaez, Bertha Antonia
Yumbo Tanguila, Gloria Lucrecia
Tanguila Grefa, Francisco Victor
Tanguila Grefa, Rosa Teresa
Chimbo Tanguila, Maria Clelia Reascos Revelo,
Heleodoro Pataron Guaraca, Celia Irene
Viveros Cusangua, Lorenzo Jose
Alvarado Yumbo, Francisco Alvarado Yumbo,
Jose Gabriel Revelo Llore, Luisa Delia
Tanguila Narvaez, Jose Miguel
Ipiales Chicaiza, Hugo Gerardo
Camacho Naranjo, Maria Magdalena
Rodriguez Barcenos, Elias Roberto
Piyahuaje Payahuaje, Lourdes Beatriz
Chimbo Tanguila, Octavio Ismael
Cordova Huanca, Maria Hortencia

**Chevron Corporation et
Chevron Canada Limited** *Appelantes*

c.

Daniel Carlos Lusitande Yaiguaje,
Benancio Fredy Chimbo Grefa,
Miguel Mario Payaguaje Payaguaje,
Teodoro Gonzalo Piaguaje Payaguaje,
Simon Lusitande Yaiguaje,
Armando Wilmer Piaguaje Payaguaje,
Angel Justino Piaguaje Lucitante,
Javier Piaguaje Payaguaje, Fermin Piaguaje,
Luis Agustin Payaguaje Piaguaje,
Emilio Martin Lusitande Yaiguaje,
Reinaldo Lusitande Yaiguaje, Maria Victoria
Aguinda Salazar, Carlos Grefa Huatatoca,
Catalina Antonia Aguinda Salazar,
Lidia Alexandria Aguinda Aguinda,
Clide Ramiro Aguinda Aguinda,
Luis Armando Chimbo Yumbo,
Beatriz Mercedes Grefa Tanguila,
Lucio Enrique Grefa Tanguila,
Patricio Wilson Aguinda Aguinda,
Patricio Alberto Chimbo Yumbo,
Segundo Angel Amanta Milan,
Francisco Matias Alvarado Yumbo,
Olga Gloria Grefa Cerda, Narcisa Aida
Tanguila Narvaez, Bertha Antonia
Yumbo Tanguila, Gloria Lucrecia
Tanguila Grefa, Francisco Victor
Tanguila Grefa, Rosa Teresa
Chimbo Tanguila, Maria Clelia Reascos Revelo,
Heleodoro Pataron Guaraca, Celia Irene
Viveros Cusangua, Lorenzo Jose
Alvarado Yumbo, Francisco Alvarado Yumbo,
Jose Gabriel Revelo Llore, Luisa Delia
Tanguila Narvaez, Jose Miguel
Ipiales Chicaiza, Hugo Gerardo
Camacho Naranjo, Maria Magdalena
Rodriguez Barcenos, Elias Roberto
Piyahuaje Payahuaje, Lourdes Beatriz
Chimbo Tanguila, Octavio Ismael
Cordova Huanca, Maria Hortencia

**Viveros Cusangua, Guillermo Vincente
Payaguaje Lusitante, Alfredo Donald
Payaguaje Payaguaje and Delfin Leonidas
Payaguaje Payaguaje** *Respondents*

and

**International Human Rights Program
at the University of Toronto
Faculty of Law, MiningWatch Canada,
Canadian Centre for International Justice
and Justice and Corporate Accountability
Project** *Interveners*

**INDEXED AS: CHEVRON CORP. v. YAIGUAJE
2015 SCC 42**

File No.: 35682.

2014: December 11; 2015: September 4.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Rothstein,
Cromwell, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.

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

Private international law — Foreign judgments — Recognition — Enforcement — Foreign judgment creditor sought recognition and enforcement of foreign judgment in Ontario against U.S. foreign judgment debtor's and Canadian seventh-level indirect subsidiary — Foreign judgment debtor served ex juris at U.S. head office — Subsidiary served in juris at place of business in Ontario — Whether a real and substantial connection must exist between defendant or dispute and Ontario for jurisdiction to be established — Whether Ontario courts have jurisdiction over foreign judgment debtor's subsidiary when subsidiary is a third party to the judgment for which recognition and enforcement is sought.

The oil-rich Lago Agrio region of Ecuador has long attracted the exploration and extraction activities of global oil companies, including Texaco. As a result of those activities, the region is said to have suffered extensive environmental pollution that has disrupted the lives and jeopardized the futures of its residents. For over 20 years, the 47 respondents/plaintiffs, who represent

**Viveros Cusangua, Guillermo Vincente
Payaguaje Lusitante, Alfredo Donald
Payaguaje Payaguaje et Delfin Leonidas
Payaguaje Payaguaje** *Intimés*

et

**International Human Rights Program
at the University of Toronto
Faculty of Law, Mines Alerte Canada,
Centre canadien pour la justice internationale
et Justice and Corporate Accountability
Project** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : CHEVRON CORP. c. YAIGUAJE
2015 CSC 42**

N° du greffe : 35682.

2014 : 11 décembre; 2015 : 4 septembre.

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

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

Droit international privé — Jugements étrangers — Reconnaissance — Exécution — Demande de reconnaissance et d'exécution d'un jugement étranger présentée en Ontario par le créancier judiciaire à l'encontre du débiteur judiciaire américain et de sa filiale canadienne indirecte au septième degré — Signification ex juris de la demande au siège social du débiteur judiciaire aux États-Unis — Demande signifiée à la filiale à son établissement commercial en Ontario — L'établissement de la compétence du tribunal exige-t-il l'existence d'un lien réel et substantiel entre le défendeur ou le litige et l'Ontario? — Les tribunaux ontariens ont-ils compétence à l'égard de la filiale d'un débiteur en vertu d'un jugement étranger alors que cette filiale est une tierce partie au jugement dont on demande la reconnaissance et l'exécution?

La région riche en pétrole de Lago Agrio, en Équateur, attire depuis longtemps les activités d'exploration et d'extraction de sociétés pétrolières multinationales, y compris Texaco. En raison de ces activités, la région aurait subi une pollution environnementale importante qui a eu pour effet de perturber les vies et de compromettre l'avenir des personnes qui y vivent. Depuis plus de 20 ans,

approximately 30,000 indigenous Ecuadorian villagers, have been seeking legal accountability and financial and environmental reparation for harms they allegedly suffered due to Texaco's former operations in the region. Texaco has since merged with Chevron, a U.S. corporation. The Appellate Division of the Provincial Court of Justice of Sucumbíos affirmed an Ecuadorian trial judge's award of US\$8.6 billion in environmental damages and US\$8.6 billion in punitive damages against Chevron. Ecuador's Court of Cassation upheld the judgment except on the issue of punitive damages. In the end, the total amount owed was reduced to US\$9.51 billion.

Since the initial judgment, Chevron has fought the plaintiffs in the U.S. courts and has refused to acknowledge or pay the debt. As Chevron does not hold any Ecuadorian assets, the plaintiffs commenced an action for recognition and enforcement of the Ecuadorian judgment in the Ontario Superior Court of Justice. It served Chevron at its head office in California, and served Chevron Canada, a seventh-level indirect subsidiary of Chevron, first at an extra-provincially registered office in British Columbia, and then at its place of business in Ontario. *Inter alia*, the plaintiffs sought the Canadian equivalent of the award resulting from the judgment of the Appellate Division of the Provincial Court of Justice of Sucumbíos. Chevron and Chevron Canada each sought orders setting aside service *ex juris* of the amended statement of claim, declaring that the court had no jurisdiction to hear the action, and dismissing or permanently staying the action.

The motion judge ruled in the plaintiffs' favour with respect to jurisdiction. However, he exercised the court's power to stay the proceeding on its own initiative pursuant to s. 106 of the Ontario *Courts of Justice Act*. The Court of Appeal held this was not an appropriate case in which to impose a discretionary stay under s. 106. On the jurisdictional issue, it held that, as the foreign court had a real and substantial connection with the subject matter of the dispute or with the defendant, an Ontario court has jurisdiction to determine whether the foreign judgment should be recognized and enforced in Ontario against Chevron. With respect to Chevron Canada, in view of its bricks-and-mortar business in Ontario and its significant

les 47 intimés, les demandeurs, qui représentent environ 30 000 villageois autochtones de l'Équateur, tentent de faire reconnaître la responsabilité juridique et d'obtenir une réparation financière et environnementale pour les préjudices qu'ils auraient subis en raison des activités exercées auparavant par Texaco dans la région. Depuis lors, Texaco a fusionné avec Chevron, une société par actions américaine. La section d'appel de la Cour provinciale de justice de Sucumbíos a confirmé le jugement de première instance rendu en Équateur condamnant Chevron à verser 8,6 milliards de dollars US en dommages-intérêts environnementaux ainsi que 8,6 milliards de dollars US en dommages-intérêts punitifs. La Cour de cassation de l'Équateur a confirmé cette décision, sauf en ce qui concerne les dommages-intérêts punitifs. En définitive, le montant total dû a été réduit à 9,51 milliards de dollars US.

Depuis le jugement initial, Chevron a livré bataille aux demandeurs devant les tribunaux américains et a refusé de reconnaître ou d'acquitter la dette. Puisque Chevron ne possède pas de biens en Équateur, les demandeurs ont intenté devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario une action en reconnaissance et en exécution du jugement équatorien. L'acte introductif d'instance a été signifié à Chevron à son siège social en Californie, et il a été signifié à Chevron Canada, une filiale indirecte au septième degré de Chevron, d'abord à un bureau situé à l'extérieur de la province, en Colombie-Britannique, et ensuite à un établissement commercial qu'elle exploite en Ontario. Les demandeurs ont réclamé notamment l'équivalent canadien du montant que leur accordait la section d'appel de la Cour provinciale de justice de Sucumbíos. Chevron et Chevron Canada ont toutes deux demandé une ordonnance annulant la signification *ex juris* de la déclaration amendée, un jugement déclarant que la cour n'a pas compétence pour connaître de l'action et une ordonnance de rejet ou de sursis permanent de l'action.

Sur la question de la compétence, le juge saisi de la motion a donné gain de cause aux demandeurs. Il a toutefois exercé son pouvoir de surseoir à l'instance de son propre chef, en application de l'art. 106 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l'Ontario. La Cour d'appel a estimé qu'il ne convenait pas en l'espèce d'imposer un sursis discrétionnaire en application de l'art. 106. Sur la question de la compétence, elle a conclu que, puisque le tribunal étranger avait un lien réel et substantiel avec l'objet du litige ou le défendeur, un tribunal ontarien avait compétence pour déterminer si le jugement étranger devait être reconnu et exécuté en Ontario contre Chevron. En ce qui concerne Chevron Canada, compte tenu de l'établissement

relationship with Chevron, the Court of Appeal found that an Ontario court has jurisdiction to adjudicate a recognition and enforcement action that also named it as a defendant.

Held: The appeal should be dismissed.

Canadian courts, like many others, have adopted a generous and liberal approach to the recognition and enforcement of foreign judgments. To recognize and enforce such a judgment, the only prerequisite is that the foreign court had a real and substantial connection with the litigants or with the subject matter of the dispute, or that the traditional bases of jurisdiction were satisfied. There is no need to demonstrate a real and substantial connection between the dispute or the defendant and the enforcing forum. In actions to recognize and enforce foreign judgments within the limits of the province, it is the act of service on the basis of a foreign judgment that grants an Ontario court jurisdiction over the defendant. To conclude otherwise would undermine the important values of order and fairness that underlie all conflicts rules, and would be inconsistent with this Court's statement that the doctrine of comity must be permitted to evolve concomitantly with international business relations, cross-border transactions, and mobility.

This Court has never required there to be a real and substantial connection between the defendant or the action and the enforcing court for jurisdiction to exist in recognition and enforcement proceedings. An unambiguous statement by this Court that a real and substantial connection is not necessary will have the benefit of providing a fixed, clear and predictable rule, allowing parties to predict with reasonable confidence whether a court will assume jurisdiction in a case with an international or interprovincial aspect and will help to avert needless and wasteful jurisdictional inquiries.

Two considerations of principle support the view that the real and substantial connection test should not be extended to an enforcing court in an action for recognition and enforcement. First, the crucial difference between an action at first instance and an action for recognition and enforcement is that, in the latter case, the only purpose of the action is to allow a pre-existing obligation to be fulfilled. As the enforcing court is not creating a new substantive obligation, there can be no concern that the parties are situated elsewhere, or that the facts underlying the dispute

physique, en briques et mortier, qu'elle exploitait en Ontario et du lien important qui la rattachait à Chevron, la Cour d'appel a estimé qu'un tribunal ontarien avait compétence pour trancher une action en reconnaissance et en exécution qui la constituait aussi comme défenderesse.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les tribunaux canadiens, à l'instar de bien d'autres tribunaux, ont adopté une approche souple et libérale en ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. Pour la reconnaissance et l'exécution de ces jugements, la seule condition préalable est que le tribunal étranger ait eu un lien réel et substantiel avec les parties au litige ou avec l'objet du litige, ou que les fondements traditionnels de la compétence soient respectés. Il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'un lien réel et substantiel entre le différend ou le défendeur et le ressort d'exécution. Dans les actions en reconnaissance et en exécution de jugements étrangers dans les limites de la province, c'est l'acte de signification fondé sur un jugement étranger qui confère au tribunal ontarien la compétence à l'égard d'un défendeur. Conclure autrement saperait les valeurs importantes d'ordre et d'équité qui servent de fondement à toutes les règles de droit international privé et serait incompatible avec l'affirmation de notre Cour selon laquelle le principe de la courtoisie doit pouvoir évoluer au même rythme que les relations commerciales internationales, les opérations transfrontalières et la libre circulation d'un pays à l'autre.

Notre Cour n'a jamais, dans une demande de reconnaissance et d'exécution, assujéti la déclaration de compétence à l'existence d'un lien réel et substantiel entre le défendeur ou l'action, d'une part, et le ressort d'exécution, d'autre part. Une affirmation non équivoque par notre Cour selon laquelle l'existence d'un lien réel et substantiel n'est pas nécessaire aura l'avantage de fournir une règle fixe, claire et prévisible; elle permettra aux parties de prédire avec une certitude raisonnable si un tribunal saisi d'une situation qui présente un aspect international ou interprovincial se déclarera ou non compétent et aidera à éviter des examens de la compétence inutiles et coûteux.

Deux considérations de principe permettent de conclure qu'il n'y a pas lieu, pour un tribunal saisi d'une action en reconnaissance et en exécution, d'appliquer le critère du lien réel et substantiel. Premièrement, la différence déterminante entre une action de première instance et une action en reconnaissance et en exécution est que dans le dernier cas, l'action a pour seul but de permettre l'acquiescement d'une obligation préexistante. Puisqu'un tribunal d'exécution ne crée pas une nouvelle obligation substantielle, il importe peu que les parties se trouvent ailleurs,

are properly addressed in another court. The only important element is the foreign judgment and the legal obligation it has created. Furthermore, enforcement is limited to measures that can be taken only within the confines of the jurisdiction and in accordance with its rules, and the enforcing court's judgment has no coercive force outside its jurisdiction. Similarly, enforcement is limited to seizable assets found within its territory. As a result, any potential constitutional concerns relating to conflict of laws simply do not arise in recognition and enforcement cases: since the obligation created by a foreign judgment is universal, each jurisdiction has an equal interest in the obligation resulting from the foreign judgment, and no concern about territorial overreach could emerge.

Beyond this, it must be remembered that the notion of comity has consistently been found to underlie Canadian recognition and enforcement law. The need to acknowledge and show respect for the legal action of other states has consistently remained one of comity's core components, and militates in favour of recognition and enforcement. Legitimate judicial acts should be respected and enforced, not sidetracked or ignored. The goal of modern conflicts systems rests on the principle of comity, which calls for the promotion of order and fairness, an attitude of respect and deference to other states, and a degree of stability and predictability in order to facilitate reciprocity. This is true of all areas of private international law, including the recognition and enforcement of foreign judgments. In recognition and enforcement proceedings, order and fairness are protected by ensuring that a real and substantial connection existed between the foreign court and the underlying dispute. If such a connection did not exist, or if the defendant was not present in or did not attach to the foreign jurisdiction, the resulting judgment will not be recognized and enforced in Canada. No unfairness results to judgment debtors from having to defend against recognition and enforcement proceedings — through their own behaviour and legal noncompliance, they have made themselves the subject of outstanding obligations, so they may be called upon to answer for their debts in various jurisdictions. They are also provided with the opportunity to convince the enforcing court that there is another reason why recognition and enforcement should not be granted. Requiring a defendant to be present or to have assets in the enforcing jurisdiction would only undermine order and fairness: presence will frequently be absent given the very nature of the proceeding at issue, and requiring assets in the enforcing jurisdiction when recognition and

ou qu'il soit opportun qu'un autre tribunal traite les faits sous-jacents au litige. Le seul élément important est le jugement étranger ainsi que l'obligation juridique qu'il a créée. De plus, l'exécution se limite à des mesures qui ne peuvent être prises que dans les limites du ressort du tribunal d'exécution et conformément à ses règles, et le jugement du tribunal d'exécution n'a aucun effet contraignant en dehors du ressort d'exécution. De même, l'exécution se limite aux biens saisissables qui se trouvent dans la province. Ainsi d'éventuelles questions d'ordre constitutionnel ayant trait au droit international privé ne se posent tout simplement pas dans une demande de reconnaissance et d'exécution : puisque l'obligation créée par le jugement étranger est universelle, chaque ressort a un intérêt égal à l'égard de l'obligation qui résulte du jugement étranger et aucun problème d'excès de compétence territoriale ne pourrait se poser.

Au-delà de ces considérations, il faut se rappeler que la notion de courtoisie sous-tend le droit canadien en matière de reconnaissance et d'exécution. Le besoin de reconnaître et respecter les mesures juridiques prises par d'autres États est invariablement demeuré un des éléments au cœur de ce principe, et la courtoisie milite en faveur de la reconnaissance et de l'exécution. Il convient de respecter et d'exécuter les actes judiciaires légitimes et non pas de les écarter ou d'en faire abstraction. Le système moderne de droit international privé repose sur le principe de la courtoisie, qui appelle à la promotion de l'ordre et de l'équité, une attitude de respect et de déférence envers les autres États, et un degré de stabilité et de prévisibilité pour faciliter la réciprocité. Ce principe s'applique à tous les domaines du droit international privé, y compris celui de la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. Dans une demande de reconnaissance et d'exécution, la protection de l'ordre et de l'équité est déjà assurée par l'existence d'un lien réel et substantiel entre le tribunal étranger et le litige sous-jacent. Faute d'un tel lien, ou si le défendeur ne se trouvait pas dans le ressort étranger ou n'a pas acquiescé à la compétence de ses tribunaux, le jugement rendu ne sera pas reconnu et exécuté au Canada. Il n'y a rien d'injuste à ce qu'un débiteur judiciaire doive opposer une défense à une demande de reconnaissance et d'exécution — par son propre comportement et le non-respect d'un jugement, il s'est lui-même rendu redevable d'une obligation en souffrance et il peut être appelé par divers ressorts à acquitter sa dette. Il a également l'occasion de convaincre le tribunal d'exécution qu'il existe une autre raison de ne pas faire droit à la demande de reconnaissance et d'exécution. Exiger la présence du défendeur ou de ses biens dans la province du tribunal d'exécution ne ferait

enforcement proceedings are instituted would risk depriving creditors of access to funds that might eventually enter the jurisdiction. In today's globalized world and electronic age, to require that a judgment creditor wait until the foreign debtor is present or has assets in the province before a court can find that it has jurisdiction in recognition and enforcement proceedings would be to turn a blind eye to current economic reality.

Finding that there is no requirement of a real and substantial connection between the defendant or the action and the enforcing court in an action for recognition and enforcement is also supported by the choices made by the Ontario legislature, all other common law provinces and territories, Quebec, other international common law jurisdictions and most Canadian conflict of laws scholars.

In this case, jurisdiction is established with respect to Chevron. It attorned to the jurisdiction of the Ecuadorian courts, it was served *ex juris* at its head office, and the amended statement of claim alleged that it was a foreign debtor pursuant to a judgment of an Ecuadorian court. While this judgment has since been varied by a higher court, this occurred after the amended statement of claim had been filed; even if the total amount owed was reduced, the judgment remains largely intact. The plaintiffs have sufficiently pleaded the Ontario courts' jurisdiction over Chevron.

The question of whether jurisdiction exists over Chevron Canada should begin and end with traditional, presence-based jurisdiction. Where jurisdiction stems from the defendant's presence in the jurisdiction, there is no need to consider whether a real and substantial connection exists. To establish traditional, presence-based jurisdiction over an out-of-province corporate defendant, it must be shown that the defendant was carrying on business in the forum at the time of the action. This is a question of fact: the court must inquire into whether the company has some direct or indirect presence in the state asserting jurisdiction, accompanied by a degree of business activity which is sustained for a period of time. Here, the motion judge's factual findings have not been contested. They are sufficient to establish presence-based jurisdiction. Chevron Canada has a physical office in Ontario, where it was served. Its business activities at this office are sustained; it has representatives who provide

que miner l'ordre et l'équité : le défendeur y est souvent absent vu la nature même de la demande en cause, et exiger la présence de biens dans le ressort lorsqu'est introduite la demande de reconnaissance et d'exécution risquerait de priver les créanciers de fonds qui pourraient éventuellement se trouver dans le ressort. À l'ère de la mondialisation et des échanges électroniques, obliger un créancier judiciaire à attendre que le débiteur étranger ou ses biens se trouvent dans la province avant qu'un tribunal reconnaisse sa compétence dans une demande de reconnaissance et d'exécution reviendrait à faire abstraction de la réalité économique actuelle.

Les choix qu'ont exercé le législateur ontarien, toutes les provinces de common law et les territoires, le Québec, des ressorts de common law dans d'autres pays ainsi que la plupart des auteurs d'ouvrages canadiens de doctrine en droit international privé viennent également appuyer la conclusion que, dans une action en reconnaissance et en exécution, il n'est pas nécessaire d'exiger l'existence d'un lien réel et substantiel entre le défendeur ou l'action, d'une part, et le ressort d'exécution, d'autre part.

En l'espèce, la compétence est établie à l'égard de Chevron. Elle a acquiescé à la compétence des tribunaux équatoriens, la demande lui a été signifiée *ex juris* à son siège social, et dans leur déclaration amendée, les demandeurs ont affirmé qu'elle était un débiteur étranger en vertu d'un jugement d'un tribunal équatorien. Bien que ce jugement ait depuis été modifié par un tribunal d'instance supérieure, la modification est ultérieure au dépôt de la déclaration amendée; même si la somme totale due a été réduite, le jugement initial demeure en grande partie intact. Les demandeurs ont suffisamment fait valoir la compétence des tribunaux de l'Ontario à l'égard de Chevron.

La question de savoir si les tribunaux ontariens ont compétence à l'égard de Chevron Canada doit commencer et prendre fin avec la compétence traditionnelle fondée sur la présence. Lorsque la compétence découle de la présence du défendeur dans le ressort, point n'est besoin de se demander s'il existe un lien réel et substantiel. Pour prouver la compétence traditionnelle, fondée sur la présence, à l'égard d'une société défenderesse de l'extérieur de la province, il faut démontrer que cette défenderesse exploitait une entreprise dans le ressort au moment de l'action. Il s'agit là d'une question de fait : le tribunal doit se demander si cette société a une présence directe ou indirecte dans l'État du tribunal qui s'attribue compétence, et si elle se livre à des activités commerciales soutenues pendant un certain temps. En l'espèce, les conclusions de fait du juge saisi de la motion n'ont pas été contestées. Elles suffisent à établir la compétence fondée sur la présence. Chevron Canada possède un

services to customers in the province. Canadian courts have found that jurisdiction exists in such circumstances. The motion judge's analysis was correct, and the Ontario Court of Appeal had no need to go beyond these considerations to find jurisdiction.

The establishment of jurisdiction does not mean that the plaintiffs will necessarily succeed in having the Ecuadorian judgment recognized and enforced. A finding of jurisdiction does nothing more than afford the plaintiffs the opportunity to seek recognition and enforcement of the Ecuadorian judgment. Once past the jurisdictional stage, Chevron and Chevron Canada can use the available procedural tools to try to dispose of the plaintiffs' allegations. This possibility is foreign to and remote from the questions that must be resolved on this appeal. Further, the conclusion that the Ontario courts have jurisdiction in this case should not be understood to prejudice future arguments with respect to the distinct corporate personalities of Chevron and Chevron Canada or whether Chevron Canada's shares or assets will be available to satisfy Chevron's debt.

Cases Cited

Applied: *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Beals v. Saldanha*, 2003 SCC 72, [2003] 3 S.C.R. 416; **distinguished:** *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572; **referred to:** *Aguinda v. Texaco, Inc.*, 303 F.3d 470 (2002); *Chevron Corp. v. Donziger*, 768 F.Supp.2d 581 (2011); *Chevron Corp. v. Naranjo*, 667 F.3d 232 (2012); *Chevron Corp. v. Donziger*, 974 F.Supp.2d 362 (2014); *Pro Swing Inc. v. Elta Golf Inc.*, 2006 SCC 52, [2006] 2 S.C.R. 612; *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289; *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895); *Spencer v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 278; *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022; *BNP Paribas (Canada) v. Mécs* (2002), 60 O.R. (3d) 205; *Tasarruf Mevduati Sigorta Fonu v. Demirel*, [2007] EWCA Civ 799, [2007] 1 W.L.R. 2508; *Yukos Capital S.A.R.L. v. OAO Tomskneft VNK*, [2014] IEHC 115; *Lenchyshyn v. Pelko Electric, Inc.*, 723 N.Y.S.2d 285 (2001); *Abu Dhabi Commercial Bank PJSC v. Saad Trading, Contracting and Financial Services Co.*, 986 N.Y.S.2d 454 (2014); *Haaksman v. Diamond Offshore (Bermuda), Ltd.*, 260 S.W.3d 476 (2008); *Pure Fishing, Inc. v. Silver Star Co.*, 202 F.Supp.2d 905 (2002); *Electrolines, Inc. v. Prudential Assurance Co.*, 677 N.W.2d 874 (2004); *Base Metal*

bureau en Ontario, où elle a reçu signification. Les activités commerciales qu'elle exerce dans ce bureau sont soutenues; ses représentants servent la clientèle dans cette province. Les tribunaux canadiens ont conclu à l'existence de la compétence dans une telle situation. L'analyse du juge saisi de la motion était juste, et la Cour d'appel de l'Ontario n'avait pas à examiner d'autres considérations que celles qui précèdent pour conclure à la compétence des tribunaux ontariens.

L'établissement de la compétence ne signifie pas que les demandeurs parviendront nécessairement à faire reconnaître et exécuter le jugement équatorien. Une déclaration de compétence n'a pas d'autre effet que de donner aux demandeurs la possibilité de solliciter la reconnaissance et l'exécution du jugement équatorien. Une fois franchie l'étape de la compétence, Chevron et Chevron Canada peuvent invoquer les moyens procéduraux à leur disposition pour tenter de faire rejeter les allégations des demandeurs. Cette possibilité est étrangère aux questions à trancher en l'espèce et éloignée de celles-ci. De plus, il ne faut pas considérer que la conclusion selon laquelle les tribunaux ontariens ont compétence dans la présente affaire porte préjudice aux arguments futurs concernant les personnalités morales distinctes de Chevron et de Chevron Canada, ou que les actions ou les biens de Chevron Canada pourront servir à acquitter la dette de Chevron.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Beals c. Saldanha*, 2003 CSC 72, [2003] 3 R.C.S. 416; **distinction d'avec l'arrêt :** *Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572; **arrêts mentionnés :** *Aguinda c. Texaco, Inc.*, 303 F.3d 470 (2002); *Chevron Corp. c. Donziger*, 768 F.Supp.2d 581 (2011); *Chevron Corp. c. Naranjo*, 667 F.3d 232 (2012); *Chevron Corp. c. Donziger*, 974 F.Supp.2d 362 (2014); *Pro Swing Inc. c. Elta Golf Inc.*, 2006 CSC 52, [2006] 2 R.C.S. 612; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Hilton c. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895); *Spencer c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 278; *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022; *BNP Paribas (Canada) c. Mécs* (2002), 60 O.R. (3d) 205; *Tasarruf Mevduati Sigorta Fonu c. Demirel*, [2007] EWCA Civ 799, [2007] 1 W.L.R. 2508; *Yukos Capital S.A.R.L. c. OAO Tomskneft VNK*, [2014] IEHC 115; *Lenchyshyn c. Pelko Electric, Inc.*, 723 N.Y.S.2d 285 (2001); *Abu Dhabi Commercial Bank PJSC c. Saad Trading, Contracting and Financial Services Co.*, 986 N.Y.S.2d 454 (2014); *Haaksman c. Diamond Offshore (Bermuda), Ltd.*, 260 S.W.3d 476 (2008); *Pure Fishing, Inc. c. Silver Star Co.*, 202 F.Supp.2d 905 (2002); *Electrolines, Inc. c. Prudential Assurance Co.*, 677 N.W.2d

Trading, Ltd. v. OJSC “Novokuznetsky Aluminum Factory”, 283 F.3d 208 (2002), cert. denied, 537 U.S. 822 (2002); *CSA8-Garden Village LLC v. Dewar*, 2013 ONSC 6229, 369 D.L.R. (4th) 125; *Canada Post Corp. v. Lépine*, 2009 SCC 16, [2009] 1 S.C.R. 549; *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22; *Ontario v. Rothman’s Inc.*, 2013 ONCA 353, 115 O.R. (3d) 561; *Muscutt v. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20; *Wilson v. Hull* (1995), 174 A.R. 81; *Ingersoll Packing Co. v. New York Central and Hudson River R.R. Co.* (1918), 42 O.L.R. 330; *Adams v. Cape Industries Plc.*, [1990] 1 Ch. 433; *Incorporated Broadcasters Ltd. v. Canwest Global Communications Corp.* (2003), 63 O.R. (3d) 431; *Prince v. ACE Aviation Holdings Inc.*, 2013 ONSC 2906, 115 O.R. (3d) 721, aff’d 2014 ONCA 285, 120 O.R. (3d) 140; *Abdula v. Canadian Solar Inc.*, 2011 ONSC 5105, 92 B.L.R. (4th) 324, aff’d 2012 ONCA 211, 110 O.R. (3d) 256; *Charron v. Banque provinciale du Canada*, [1936] O.W.N. 315; *Patterson v. EM Technologies, Inc.*, 2013 ONSC 5849; *BCE Inc. v. 1976 Debentureholders*, 2008 SCC 69, [2008] 3 S.C.R. 560.

Statutes and Regulations Cited

Canada Business Corporations Act, R.S.C. 1985, c. C-44.
Civil Code of Québec, art. 3155.
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 106.
International Commercial Arbitration Act, R.S.O. 1990, c. I.9, Sch., arts. 35(1), 36(1).
Reciprocal Enforcement of Judgments Act, R.S.O. 1990, c. R.5.
Reciprocal Enforcement of Judgments (U.K.) Act, R.S.O. 1990, c. R.6.
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rr. 16.02(1)(c), 17.02, 20, 21.

Authors Cited

Black, Vaughan. “Enforcement of Judgments and Judicial Jurisdiction in Canada” (1989), 9 *Oxford J. Legal Stud.* 547.
 Black, Vaughan, Stephen G. A. Pitel and Michael Sobkin. *Statutory Jurisdiction: An Analysis of the Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*. Toronto: Carswell, 2012.
 Blom, Joost. “New Ground Rules for Jurisdictional Disputes: The *Van Breda* Quartet” (2012), 53 *Can. Bus. L.J.* 1.
 Brand, Ronald A. “Federal Judicial Center International Litigation Guide: Recognition and Enforcement of Foreign Judgments” (2013), 74 *U. Pitt. L. Rev.* 491.

874 (2004); *Base Metal Trading, Ltd. c. OJSC « Novokuznetsky Aluminum Factory »*, 283 F.3d 208 (2002), cert. refusé, 537 U.S. 822 (2002); *CSA8-Garden Village LLC c. Dewar*, 2013 ONSC 6229, 369 D.L.R. (4th) 125; *Société canadienne des postes c. Lépine*, 2009 CSC 16, [2009] 1 R.C.S. 549; *Salomon c. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22; *Ontario c. Rothman’s Inc.*, 2013 ONCA 353, 115 O.R. (3d) 561; *Muscutt c. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20; *Wilson c. Hull* (1995), 174 A.R. 81; *Ingersoll Packing Co. c. New York Central and Hudson River R.R. Co.* (1918), 42 O.L.R. 330; *Adams c. Cape Industries Plc.*, [1990] 1 Ch. 433; *Incorporated Broadcasters Ltd. c. Canwest Global Communications Corp.* (2003), 63 O.R. (3d) 431; *Prince c. ACE Aviation Holdings Inc.*, 2013 ONSC 2906, 115 O.R. (3d) 721, conf. par 2014 ONCA 285, 120 O.R. (3d) 140; *Abdula c. Canadian Solar Inc.*, 2011 ONSC 5105, 92 B.L.R. (4th) 324, conf. par 2012 ONCA 211, 110 O.R. (3d) 256; *Charron c. Banque provinciale du Canada*, [1936] O.W.N. 315; *Patterson c. EM Technologies, Inc.*, 2013 ONSC 5849; *BCE Inc. c. Détenteurs de débetures de 1976*, 2008 CSC 69, [2008] 3 R.C.S. 560.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, art. 3155.
Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. 1985, c. C-44.
Loi sur l’arbitrage commercial international, L.R.O. 1990, c. I.9, ann., art. 35(1), 36(1).
Loi sur l’exécution réciproque de jugements, L.R.O. 1990, c. R.5.
Loi sur l’exécution réciproque de jugements (Royaume-Uni), L.R.O. 1990, c. R.6.
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, c. C.43, art. 106.
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 16.02(1)(c), 17.02, 20, 21.

Doctrine et autres documents cités

Black, Vaughan. « Enforcement of Judgments and Judicial Jurisdiction in Canada » (1989), 9 *Oxford J. Legal Stud.* 547.
 Black, Vaughan, Stephen G. A. Pitel and Michael Sobkin. *Statutory Jurisdiction : An Analysis of the Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, Toronto, Carswell, 2012.
 Blom, Joost. « New Ground Rules for Jurisdictional Disputes : The *Van Breda* Quartet » (2012), 53 *Rev. can. dr. comm.* 1.
 Brand, Ronald A. « Federal Judicial Center International Litigation Guide : Recognition and Enforcement of Foreign Judgments » (2013), 74 *U. Pitt. L. Rev.* 491.

- Briggs, Adrian. *The Conflict of Laws*, 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Castel, J.-G. *Introduction to Conflict of Laws*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.
- Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, vol. 1, 13th ed. Under the general editorship of Lawrence Collins. London: Sweet & Maxwell, 2000.
- Monestier, Tanya J. “A ‘Real and Substantial’ Mess: The Law of Jurisdiction in Canada” (2007), 33 *Queen’s L.J.* 179.
- Monestier, Tanya J. “Jurisdiction and the Enforcement of Foreign Judgments” (2013), 42 *Advocates’ Q.* 107.
- Monestier, Tanya J. “(Still) a ‘Real and Substantial’ Mess: The Law of Jurisdiction in Canada” (2013), 36 *Fordham Int’l L.J.* 396.
- Perell, Paul M., and John W. Morden. *The Law of Civil Procedure in Ontario*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- Pitel, Stephen G. A., and Cheryl D. Dusten. “Lost in Transition: Answering the Questions Raised by the Supreme Court of Canada’s New Approach to Jurisdiction” (2006), 85 *Can. Bar Rev.* 61.
- Pitel, Stephen G. A., and Nicholas S. Rafferty. *Conflict of Laws*. Toronto: Irwin Law, 2010.
- Uniform Law Conference of Canada. *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>).
- Walker, Janet. *Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated June 2015, release 50).
- Watson, Garry D., and Frank Au. “Constitutional Limits on Service Ex Juris: Unanswered Questions from *Morguard*” (2000), 23 *Advocates’ Q.* 167.
- Briggs, Adrian. *The Conflict of Laws*, 3rd ed., Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Castel, J.-G. *Introduction to Conflict of Laws*, 4th ed., Markham (Ont.), Butterworths, 2002.
- 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-competence-des-tribunaux-et-transfert-des-causes-loi-sur-la/1093-loi-uniforme-sur-la-competence-des-tribunaux-et-le-transfert-des-causes-1994>).
- Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, vol. 1, 13th ed. Under the general editorship of Lawrence Collins, London, Sweet & Maxwell, 2000.
- Monestier, Tanya J. « A “Real and Substantial” Mess : The Law of Jurisdiction in Canada » (2007), 33 *Queen’s L.J.* 179.
- Monestier, Tanya J. « Jurisdiction and the Enforcement of Foreign Judgments » (2013), 42 *Advocates’ Q.* 107.
- Monestier, Tanya J. « (Still) a “Real and Substantial” Mess : The Law of Jurisdiction in Canada » (2013), 36 *Fordham Int’l L.J.* 396.
- Perell, Paul M., and John W. Morden. *The Law of Civil Procedure in Ontario*, 2nd ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
- Pitel, Stephen G. A., and Cheryl D. Dusten. « Lost in Transition : Answering the Questions Raised by the Supreme Court of Canada’s New Approach to Jurisdiction » (2006), 85 *R. du B. can.* 61.
- Pitel, Stephen G. A., and Nicholas S. Rafferty. *Conflict of Laws*, Toronto, Irwin Law, 2010.
- Walker, Janet. *Castel & Walker : Canadian Conflict of Laws*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated June 2015, release 50).
- Watson, Garry D., and Frank Au. « Constitutional Limits on Service Ex Juris : Unanswered Questions from *Morguard* » (2000), 23 *Advocates’ Q.* 167.
- APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (MacPherson, Gillese and Hourigan J.J.A.), 2013 ONCA 758, 118 O.R. (3d) 1, 313 O.A.C. 285, 370 D.L.R. (4th) 132, 52 C.P.C. (7th) 229, 15 B.L.R. (5th) 285, [2013] O.J. No. 5719 (QL), 2013 CarswellOnt 17574 (WL Can.), setting aside a decision of Brown J., 2013 ONSC 2527, 361 D.L.R. (4th) 489, 15 B.L.R. (5th) 226, [2013] O.J. No. 1955 (QL), 2013 CarswellOnt 5729 (WL Can.). Appeal dismissed.
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges MacPherson, Gillese et Hourigan), 2013 ONCA 758, 118 O.R. (3d) 1, 313 O.A.C. 285, 370 D.L.R. (4th) 132, 52 C.P.C. (7th) 229, 15 B.L.R. (5th) 285, [2013] O.J. No. 5719 (QL), 2013 CarswellOnt 17574 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Brown, 2013 ONSC 2527, 361 D.L.R. (4th) 489, 15 B.L.R. (5th) 226, [2013] O.J. No. 1955 (QL), 2013 CarswellOnt 5729 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Clarke Hunter, Q.C., Anne Kirker, Q.C., and Robert Frank, for the appellant Chevron Corporation.

Benjamin Zarnett, Suzy Kauffman and Peter Kolla, for the appellant Chevron Canada Limited.

Alan J. Lenczner, Q.C., Brendan F. Morrison and Chris J. Hutchison, for the respondents.

Murray Klippenstein, Renu Mandhane and W. Cory Wanless, for the interveners the International Human Rights Program at the University of Toronto Faculty of Law, MiningWatch Canada and the Canadian Centre for International Justice.

A. Dimitri Lascaris and James Yap, for the intervener the Justice and Corporate Accountability Project.

The judgment of the Court was delivered by

GASCON J. —

I. Overview

[1] In a world in which businesses, assets, and people cross borders with ease, courts are increasingly called upon to recognize and enforce judgments from other jurisdictions. Sometimes, successful recognition and enforcement in another forum is the only means by which a foreign judgment creditor can obtain its due. Normally, a judgment creditor will choose to commence recognition and enforcement proceedings in a forum where the judgment debtor has assets. In this case, however, the Court is asked to determine whether the Ontario courts have jurisdiction to recognize and enforce an Ecuadorian judgment where the foreign judgment debtor, Chevron Corporation (“Chevron”), claims to have no connection with the province, whether through assets or otherwise. The Court is also asked to determine whether the Ontario courts have jurisdiction over a Canadian subsidiary of Chevron, Chevron Canada Limited (“Chevron Canada”), a stranger to the foreign judgment for which recognition and enforcement is being sought.

Clarke Hunter, c.r., Anne Kirker, c.r., et Robert Frank, pour l’appelante Chevron Corporation.

Benjamin Zarnett, Suzy Kauffman et Peter Kolla, pour l’appelante Chevron Canada Limited.

Alan J. Lenczner, c.r., Brendan F. Morrison et Chris J. Hutchison, pour les intimés.

Murray Klippenstein, Renu Mandhane et W. Cory Wanless, pour les intervenants International Human Rights Program at the University of Toronto Faculty of Law, Mines Alerte Canada et le Centre canadien pour la justice internationale.

A. Dimitri Lascaris et James Yap, pour l’intervenant Justice and Corporate Accountability Project.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE GASCON —

I. Aperçu

[1] Dans un monde où les entreprises, les biens et les personnes franchissent aisément les frontières, les tribunaux sont appelés de plus en plus à reconnaître et à exécuter des jugements rendus dans d’autres ressorts. Parfois, la reconnaissance et l’exécution dans un autre ressort est le seul moyen par lequel le créancier en vertu d’un jugement étranger peut obtenir son dû. Normalement, ce créancier choisit d’introduire une demande de reconnaissance et d’exécution dans un ressort où le débiteur judiciaire possède des biens. Toutefois, en l’espèce, on demande à notre Cour de déterminer si les tribunaux de l’Ontario ont compétence pour reconnaître et exécuter un jugement équatorien dont le débiteur judiciaire, Chevron Corporation (« Chevron »), prétend n’avoir aucun lien avec la province, que ce soit parce qu’elle n’y possède pas de biens ou pour toute autre raison. On demande également à la Cour de déterminer si les tribunaux ontariens ont compétence à l’égard d’une filiale canadienne de Chevron, Chevron Canada Limited (« Chevron Canada »), qui n’est pas partie au jugement étranger dont on demande la reconnaissance et l’exécution.

[2] The courts below found that jurisdiction existed over Chevron. They held that the only connection that must be proven for recognition and enforcement to proceed is one between the foreign court and the original action on the merits; there is no preliminary need to prove a connection with Ontario for jurisdiction to exist in recognition and enforcement proceedings. They also found there to be an independent jurisdictional basis for proceeding against Chevron Canada due to the place of business it operates in the province, and at which it had been duly served.

[3] I agree with the outcomes reached by the courts below with respect to both Chevron and Chevron Canada and I would dismiss the appeal. In an action to recognize and enforce a foreign judgment where the foreign court validly assumed jurisdiction, there is no need to prove that a real and substantial connection exists between the enforcing forum and either the judgment debtor or the dispute. It makes little sense to compel such a connection when, owing to the nature of the action itself, it will frequently be lacking. Nor is it necessary, in order for the action to proceed, that the foreign debtor contemporaneously possess assets in the enforcing forum. Jurisdiction to recognize and enforce a foreign judgment within Ontario exists by virtue of the debtor being served on the basis of the outstanding debt resulting from the judgment. This is the case for Chevron. Jurisdiction also exists here with respect to Chevron Canada because it was validly served at a place of business it operates in the province. On the traditional jurisdictional grounds, this is sufficient to find jurisdiction.

II. Backgrounds and Facts

[4] The dispute underlying the appeal originated in the Lago Agrio region of Ecuador. The oil-rich area has long attracted the exploration and extraction activities of global oil companies, including

[2] Les juridictions inférieures ont conclu que les tribunaux ontariens avaient compétence à l'égard de Chevron. Elles ont statué que le seul lien dont il fallait faire la preuve pour que la demande de reconnaissance et d'exécution suive son cours était celui entre le tribunal étranger et l'action initiale; pour établir la compétence dans une demande de reconnaissance et d'exécution, il n'est pas nécessaire d'établir l'existence d'un lien avec l'Ontario. Elles ont également conclu qu'il existait un fondement juridictionnel indépendant permettant l'introduction d'une instance contre Chevron Canada du fait de l'établissement commercial qu'elle exploite dans la province, où elle a valablement reçu signification.

[3] J'accepte les résultats auxquels sont arrivées les cours d'instance inférieure à l'égard de Chevron et de Chevron Canada et je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Dans une action en reconnaissance et en exécution d'un jugement étranger où le tribunal étranger s'est valablement déclaré compétent, il n'est pas nécessaire de prouver l'existence d'un lien réel et substantiel entre le ressort dans lequel l'exécution est demandée et le débiteur judiciaire ou le litige. Il serait illogique d'exiger un tel lien qui, vu la nature de l'action elle-même, sera dans bien des cas inexistant. Il n'est pas non plus nécessaire, pour que l'action suive son cours, que le débiteur étranger possède des biens dans le ressort où l'exécution est demandée au moment où cette demande est faite. La compétence pour reconnaître et exécuter un jugement étranger en Ontario existe du fait que le débiteur a reçu signification d'un recours fondé sur la dette en souffrance découlant de ce jugement. C'est le cas de Chevron. La compétence existe également à l'égard de Chevron Canada puisqu'elle a valablement reçu signification à un établissement commercial qu'elle exploite dans la province. Suivant les fondements traditionnels de la compétence, cela suffit pour que l'on puisse conclure à la compétence des tribunaux ontariens.

II. Contexte et faits

[4] Le litige sous-jacent au pourvoi a pris naissance dans la région de Lago Agrio, en Équateur. Cette région riche en pétrole attire depuis longtemps les activités d'exploration et d'extraction de sociétés

Texaco, Inc. (“Texaco”). As a result of those activities, the region is said to have suffered extensive environmental pollution that has, in turn, disrupted the lives and jeopardized the futures of its residents. The 47 respondents (“plaintiffs”) represent approximately 30,000 indigenous Ecuadorian villagers. For over 20 years, they have been seeking legal accountability as well as financial and environmental reparation for harms they allegedly have suffered due to Texaco’s former operations in the region. Texaco has since merged with Chevron.

[5] In 1993, the plaintiffs filed suit against Texaco in the United States District Court for the Southern District of New York. In 2001, after lengthy interim proceedings, the District Court dismissed their suit on the grounds of international comity and *forum non conveniens*. The following year, the United States Court of Appeals for the Second Circuit upheld that judgment, relying in part on a commitment by Texaco to submit to the jurisdiction of the Ecuadorian courts should its motion to dismiss succeed: *Aguinda v. Texaco, Inc.*, 303 F.3d 470 (2d Cir. 2002).

[6] In 2003, the plaintiffs filed suit against Chevron in the Provincial Court of Justice of Sucumbíos. Several years of litigation ensued. In 2011, Judge Zambrano ruled in the plaintiffs’ favour, and ordered Chevron to pay US\$8.6 billion in environmental damages, as well as US\$8.6 billion in punitive damages that were to be awarded unless Chevron apologized within 14 days of the judgment. As Chevron did not apologize, the punitive damages award remained intact. In January 2012, the Appellate Division of the Provincial Court of Justice of Sucumbíos affirmed the trial judgment. In November 2013, Ecuador’s Court of Cassation upheld the Appellate Division’s judgment, except on the issue of punitive damages. In the end, the total amount owed was reduced to US\$9.51 billion.

pétrolières multinationales, y compris Texaco, Inc. (« Texaco »). En raison de ces activités, la région aurait subi une pollution environnementale importante, ce qui a eu pour effet de perturber les vies et de compromettre l’avenir des personnes qui y vivent. Les 47 intimés (« demandeurs ») représentent environ 30 000 villageois autochtones de l’Équateur. Depuis plus de 20 ans, ils tentent de faire reconnaître la responsabilité juridique et d’obtenir une réparation financière et environnementale pour les préjudices qu’ils auraient subis en raison des activités exercées auparavant par Texaco dans la région. Depuis lors, Texaco et Chevron ont fusionné.

[5] En 1993, les demandeurs ont intenté une poursuite contre Texaco devant la Cour de district des États-Unis pour le district sud de New York. En 2001, au terme de longues procédures interlocutoires, la Cour de district a rejeté leur poursuite pour cause de courtoisie internationale et de *forum non conveniens*. L’année suivante, la Cour d’appel des États-Unis pour le deuxième circuit a confirmé ce jugement, s’appuyant en partie sur l’engagement de Texaco de se soumettre à la compétence des tribunaux équatoriens si sa requête en rejet de l’action était accueillie : *Aguinda c. Texaco, Inc.*, 303 F.3d 470 (2d Cir. 2002).

[6] En 2003, les demandeurs ont intenté une poursuite contre Chevron devant la Cour provinciale de justice de Sucumbíos. Le litige a duré plusieurs années. En 2011, le juge Zambrano a statué en faveur des demandeurs, condamnant Chevron à verser 8,6 milliards de dollars US en dommages-intérêts environnementaux, auxquels s’ajouterait une somme de 8,6 milliards de dollars US en dommages-intérêts punitifs si Chevron ne présentait pas ses excuses dans les 14 jours du jugement. Puisque Chevron ne s’est pas excusée, la condamnation aux dommages-intérêts punitifs a été maintenue. En janvier 2012, la section d’appel de la Cour provinciale de justice de Sucumbíos a confirmé le jugement de première instance. En novembre 2013, la Cour de cassation de l’Équateur a confirmé l’arrêt de la section d’appel, sauf en ce qui concerne les dommages-intérêts punitifs. En définitive, le montant total dû a été réduit à 9,51 milliards de dollars US.

[7] Meanwhile, Chevron instituted further U.S. proceedings against the plaintiffs' American lawyer, Steven Donziger, and two of his Ecuadorian clients, seeking equitable relief. Chevron alleged that Mr. Donziger and his team had corrupted the Ecuadorian proceedings by, among other things, ghost-writing the trial judgment and paying Judge Zambrano US\$500,000 to release it as his own. In 2011, Judge Kaplan of the United States District Court for the Southern District of New York granted preliminary relief in the form of a global anti-enforcement injunction with respect to the Ecuadorian judgment: *Chevron Corp. v. Donziger*, 768 F.Supp.2d 581 (S.D.N.Y. 2011). The United States Court of Appeals for the Second Circuit overturned this injunction in 2012, stressing that "[t]he [plaintiffs] hold a judgment from an Ecuadorian court. They may seek to enforce that judgment in any country in the world where Chevron has assets": *Chevron Corp. v. Naranjo*, 667 F.3d 232 (2d Cir. 2012), at pp. 245-46. In 2014, Judge Kaplan of the District Court held that the Ecuadorian judgment had resulted from fraud committed by Mr. Donziger and others on the Ecuadorian courts: *Chevron Corp. v. Donziger*, 974 F.Supp.2d 362 (S.D.N.Y. 2014). That decision and the underlying allegations of fraud are not before this Court.

[8] Since the initial judgment, Chevron has refused to acknowledge or pay the debt that the trial court said it owed, and it does not hold any Ecuadorian assets. Faced with this situation, the plaintiffs have turned to the Canadian courts for assistance in enforcing the Ecuadorian judgment, and obtaining their financial due. On May 30, 2012, after the Appellate Division's decision but prior to the release of the 2013 judgment of the Court of Cassation, they commenced an action for recognition and enforcement of the Ecuadorian judgment against Chevron, Chevron Canada and Chevron Canada Finance Limited in the Ontario Superior Court of Justice. The action against the latter has since been discontinued.

[7] Entre-temps, Chevron a intenté aux États-Unis un autre recours, en equity, contre l'avocat américain des demandeurs, Steven Donziger, et deux de ses clients équatoriens. Chevron alléguait que M. Donziger et son équipe avaient corrompu l'instance équatorienne, notamment en rédigeant anonymement le jugement de première instance et en versant au juge Zambrano la somme de 500 000 dollars US pour qu'il rende ce jugement comme si c'était le sien. En 2011, le juge Kaplan de la Cour de district des États-Unis pour le district sud de New York a accordé à *Chevron* une mesure de redressement préliminaire sous la forme d'une injonction mondiale contre l'exécution à l'égard du jugement équatorien : *Chevron Corp. c. Donziger*, 768 F. Supp.2d 581 (S.D.N.Y. 2011). La Cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit a infirmé cette injonction en 2012, soulignant que [TRADUCTION] « [l]es [demandeurs] ont obtenu un jugement d'un tribunal équatorien. Ils peuvent tenter d'en obtenir l'exécution dans n'importe quel pays au monde où Chevron possède des biens » : *Chevron Corp. c. Naranjo*, 667 F.3d 232 (2d Cir. 2012), p. 245-246. En 2014, le juge Kaplan de la Cour de district a conclu que le jugement équatorien résultait de la fraude commise par M. Donziger et d'autres personnes à l'endroit des tribunaux équatoriens : *Chevron Corp. c. Donziger*, 974 F.Supp.2d 362 (S.D.N.Y. 2014). Ce jugement et les allégations sous-jacentes de fraude ne sont pas en cause devant notre Cour.

[8] Depuis le jugement initial, Chevron refuse de reconnaître ou d'acquitter la dette que le tribunal de première instance lui a imputée et elle ne possède pas de biens en Équateur. Devant cette situation, les demandeurs se sont adressés aux tribunaux canadiens pour obtenir leur assistance dans l'exécution du jugement équatorien et la récupération des sommes qui leur sont dues. Le 30 mai 2012, après que la section d'appel eût rendu sa décision mais avant que la Cour de cassation rende son jugement en 2013, ils ont intenté devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario une action en reconnaissance et en exécution du jugement équatorien contre Chevron, Chevron Canada et Chevron Canada Finance Limited. Depuis, l'action contre cette dernière entité a été abandonnée.

[9] Chevron, a U.S. corporation incorporated in Delaware, was served at its head office in San Ramon, California. Chevron Canada, a Canadian corporation governed by the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44, with its head office in Alberta, is a seventh-level indirect subsidiary of Chevron, which has 100 percent ownership of every company in the chain between itself and Chevron Canada. The plaintiffs initially served Chevron Canada with their amended statement of claim at an extra-provincially registered office in British Columbia. Later, they served the company at a place of business it operates in Mississauga, Ontario.

[10] In serving Chevron in San Ramon, the plaintiffs relied upon rule 17.02(m) of Ontario's *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194 ("Rules"), which provides that service may be effected outside of Ontario without leave where the proceeding consists of a claim "on a judgment of a court outside Ontario". In serving Chevron Canada at its Mississauga office, the plaintiffs relied upon rule 16.02(1)(c), which requires that personal service be made on a corporation "by leaving a copy of the document . . . with a person at any place of business of the corporation who appears to be in control or management of the place of business".

[11] In their amended statement of claim, the plaintiffs sought: (a) the Canadian equivalent of the award of US\$18,256,718,000 resulting from the 2012 judgment of the Appellate Division of the Provincial Court of Justice of Sucumbíos; (b) the Canadian equivalent of costs to be determined by the Ecuadorian court; (c) a declaration that the shares of Chevron Canada are available to satisfy the judgment of the Ontario court; (d) the appointment of an equitable receiver over the shares and assets of Chevron Canada; (e) prejudgment interest from January 3, 2012; and (f) all costs of the proceedings on a substantial indemnity basis, plus all applicable taxes. In response, the appellants each brought a motion in which they sought substantially the same relief: (1)

[9] Chevron, une société par actions américaine constituée au Delaware, a été notifiée par voie de signification à son siège social de San Ramon, en Californie. Chevron Canada, une société par actions canadienne assujettie à la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44, et dont le siège social est situé en Alberta, est une filiale indirecte au septième degré de Chevron, qui est propriétaire à part entière de chacune des sociétés qui se trouvent entre elle et Chevron Canada. Les demandeurs avaient d'abord signifié leur déclaration amendée à Chevron Canada à un bureau situé à l'extérieur de la province, en Colombie-Britannique. Plus tard, ils ont notifié la société par voie de signification à un établissement commercial qu'elle exploite à Mississauga, en Ontario.

[10] En signifiant l'acte introductif d'instance à Chevron à San Ramon, les demandeurs se sont appuyés sur l'al. 17.02m) des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194 de l'Ontario (« Règles »), qui prévoit que la signification peut être faite en dehors de l'Ontario sans autorisation si la demande « se fond[e] sur un jugement d'un tribunal en dehors de l'Ontario ». En signifiant l'acte introductif d'instance à Chevron Canada à son bureau de Mississauga, les demandeurs se sont appuyés sur l'al. 16.02(1)c) des Règles, qui prévoit que la signification à personne à une personne morale se fait « en laissant une copie du document à [. . .] une personne qui paraît assumer la direction d'un établissement de la personne morale ».

[11] Dans leur déclaration amendée, les demandeurs ont réclamé ce qui suit : a) l'équivalent canadien de 18 256 718 000 de dollars US, sur la foi de l'arrêt rendu en 2012 par la section d'appel de la Cour provinciale de justice de Sucumbíos; b) l'équivalent canadien des dépens que fixera le tribunal équatorien; c) un jugement déclarant que les actions de Chevron Canada pourront servir à acquitter le jugement du tribunal ontarien; d) la nomination d'un séquestre à l'égard des actions et des biens de Chevron Canada; e) l'intérêt avant jugement à compter du 3 janvier 2012; et f) tous les dépens de l'instance sur une base d'indemnisation substantielle, majorés des taxes applicables. En réponse, les appelantes ont chacune présenté une

an order setting aside service *ex juris* of the amended statement of claim; and (2) an order declaring that the court had no jurisdiction to hear the action, and dismissing or permanently staying it.

III. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice (Commercial List) (Brown J.), 2013 ONSC 2527, 361 D.L.R. (4th) 489*

(1) Order Setting Aside Service *Ex Juris*

[12] The motion judge was asked to determine the prerequisites for establishing that an Ontario court has jurisdiction in an action to recognize and enforce a foreign judgment. Chevron contended that the “real and substantial connection” test for establishing jurisdiction articulated by this Court in *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572, applies not only to the question whether a court can assume jurisdiction over a dispute in order to decide its merits, but also to whether an enforcing court has jurisdiction in an action to recognize and enforce a foreign judgment. The plaintiffs replied that the “real and substantial connection” test for jurisdiction does not apply to the enforcing court. Rather, in an action for recognition and enforcement, it need only be established that the foreign court had a real and substantial connection with the dispute’s parties or with its subject matter. The motion judge ruled in the plaintiffs’ favour, dismissing Chevron’s motion. He offered five reasons for his conclusion.

[13] First, in his view, this Court’s leading cases on recognition and enforcement — *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, and *Beals v. Saldanha*, 2003 SCC 72, [2003] 3 S.C.R. 416 — contain no suggestion that a real and

motion dans laquelle elles demandaient essentiellement la même réparation : (1) une ordonnance annulant la signification *ex juris* de la déclaration amendée; et (2) un jugement déclarant que la cour n’a pas compétence pour connaître de l’action et une ordonnance de rejet ou de sursis permanent de l’action.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice de l’Ontario (rôle des affaires commerciales) (le juge Brown), 2013 ONSC 2527, 361 D.L.R. (4th) 489*

(1) Ordonnance annulant la signification *ex juris*

[12] On a demandé au juge saisi de la motion de déterminer les conditions préalables pour établir la compétence d’un tribunal ontarien dans une action en reconnaissance et en exécution d’un jugement étranger. Chevron a prétendu que le critère du « lien réel et substantiel » qui permet au tribunal d’établir la compétence, formulé par notre Cour dans *Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572, s’appliquait non seulement pour déterminer si un tribunal pouvait connaître d’un litige sur le fond, mais également pour déterminer si un tribunal d’exécution a compétence à l’égard d’une action en reconnaissance et en exécution d’un jugement d’un tribunal étranger. Les demandeurs ont répliqué que le critère du « lien réel et substantiel » qui permet d’établir la compétence ne s’appliquait pas au tribunal d’exécution. Dans une action en reconnaissance et en exécution d’un jugement étranger, le demandeur doit plutôt démontrer seulement que le tribunal étranger avait un lien réel et substantiel avec les parties au litige ou avec l’objet du litige. Le juge saisi de la motion a donné gain de cause aux demandeurs et a rejeté la motion de Chevron. Le juge a donné cinq motifs au soutien de sa conclusion.

[13] Premièrement, à son avis, les principaux arrêts de notre Cour en matière de reconnaissance et d’exécution — *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, et *Beals c. Saldanha*, 2003 CSC 72, [2003] 3 R.C.S. 416 — ne laissent

substantial connection between the foreign judgment debtor and Ontario is needed. Second, he found that there is nothing in *Van Breda* to suggest that it altered the principles laid down in *Morguard* and *Beals*. Third, requiring that rule 17.02(m) be read “within the (un-stated) context of the Ontario court otherwise enjoying some real and substantial connection to the defendant would render the sub-rule meaningless” because the Ontario court will, of course, have no connection with the subject matter of the judgment, given that “it is a foreign judgment which by its very nature has no connection with Ontario”: para. 80. Nor will there be an *in personam* connection between the defendant and Ontario, as “the sub-rule specifically contemplates that a non-Ontario resident will be the defendant in the action”: *ibid*. Fourth, the judge held that there may be legitimate reasons (for instance, the practical reality that assets can exit a jurisdiction quickly) for seeking the recognition and enforcement of a foreign judgment against a non-resident debtor who has no assets in Ontario. To insist that the debtor have assets in the jurisdiction before a judgment creditor can seek recognition and enforcement could harm the creditor’s ability to recover the debt. Fifth, the motion judge considered two analogous Ontario statutes — the *Reciprocal Enforcement of Judgments (U.K.) Act*, R.S.O. 1990, c. R.6, and the *International Commercial Arbitration Act*, R.S.O. 1990, c. I.9 — and found that neither of these legislative schemes establishes a requirement that the defendant be located or possess assets in Ontario before a creditor can register a foreign judgment or arbitral award. In “an age of global commerce”, he added, it would be misguided to have a more restrictive common law approach than a statutory one: para. 82.

[14] The motion judge also found that jurisdiction existed over Chevron Canada, which had initially contended that because it was not a judgment debtor, there was no basis upon which to serve it *ex juris* in British Columbia. The judge observed, however, that the situation had changed since Chevron

aucunement croire à la nécessité d’un lien réel et substantiel entre le débiteur en vertu du jugement étranger et l’Ontario. Deuxièmement, il a estimé que rien dans l’arrêt *Van Breda* n’indique que la Cour modifiait les principes établis dans *Morguard* et *Beals*. Troisièmement, s’il fallait exiger que l’al. 17.02m) des Règles s’applique [TRADUCTION] « dans le contexte (implicite) où le tribunal ontarien avait par ailleurs un lien réel et substantiel avec le défendeur, l’alinéa serait dénué de sens », puisqu’il est bien évident que le tribunal ontarien n’aura aucun lien avec l’objet du jugement, car « il s’agit d’un jugement étranger qui, de par sa nature même, n’a aucun lien avec l’Ontario » : par. 80. Il n’y aura pas non plus de lien *in personam* entre le défendeur et l’Ontario, puisque « l’alinéa prévoit expressément qu’un non-résident de l’Ontario sera le défendeur à l’action » : *ibid*. Quatrièmement, le juge a statué qu’il pouvait exister des raisons légitimes (par exemple, la réalité pratique que l’on peut rapidement sortir des biens d’un ressort) de demander la reconnaissance et l’exécution d’un jugement étranger contre un débiteur non-résident qui n’a pas de biens en Ontario. Insister sur la présence de biens du débiteur dans le ressort avant qu’un créancier judiciaire puisse demander la reconnaissance et l’exécution pourrait empêcher le créancier de recouvrer la dette. Cinquièmement, le juge a examiné deux lois ontariennes analogues — la *Loi sur l’exécution réciproque des jugements (Royaume-Uni)*, L.R.O. 1990, c. R.6, et la *Loi sur l’arbitrage commercial international*, L.R.O. 1990, c. I.9 — et il a conclu que ni l’un ni l’autre de ces régimes législatifs n’imposait l’exigence que le défendeur se trouve en Ontario ou qu’il y possède des biens avant qu’un créancier puisse enregistrer un jugement ou une sentence rendus à l’étranger. Il a ajouté qu’à « l’ère de la globalisation en matière commerciale », il serait malavisé qu’une règle de common law impose des conditions plus rigoureuses que ce que prévoit une loi : par. 82.

[14] Le premier juge a conclu en outre que le tribunal ontarien avait compétence à l’égard de Chevron Canada. Cette dernière avait d’abord prétendu que, parce qu’elle n’était pas une débitrice en vertu du jugement, rien ne permettait de la notifier par voie de signification *ex juris* en Colombie-Britannique.

Canada had brought its motion: the plaintiffs had served the corporation at a “bricks and mortar” office it operates in Mississauga, Ontario (para. 87). This constituted a “place of business” within the meaning of rule 16.02(1)(c), and service at that location was sufficient to establish jurisdiction.

(2) Order of a Stay Under Section 106 of the Courts of Justice Act

[15] In spite of these conclusions, the motion judge found that this was an appropriate case in which to exercise the court’s power to stay a proceeding “on its own initiative” pursuant to s. 106 of the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43. He so held for several reasons. First, Chevron does not own, has never owned, and has no intention of owning assets in Ontario. Second, Chevron conducts no business in Ontario. Third, there is no basis for asserting that Chevron Canada’s assets are Chevron’s assets for the purposes of satisfying the Ecuadorian judgment. Chevron does not own Chevron Canada’s shares. Nor is there a legal basis for piercing Chevron Canada’s corporate veil. In the judge’s view, even though “[i]mportant considerations of international comity accompany any request for the recognition of a judgment rendered by a foreign court . . . [t]he evidence [in this case] disclosed that there is nothing in Ontario to fight over”, and thus no reason to allow the claim to proceed any further: para. 111.

B. *Ontario Court of Appeal (MacPherson, Gillese and Hourigan J.J.A.), 2013 ONCA 758, 118 O.R. (3d) 1*

[16] The plaintiffs appealed the stay entered by the motion judge. Chevron and Chevron Canada cross-appealed his conclusion that the Ontario courts have jurisdiction.

Toutefois, le juge a noté que la situation avait changé depuis que Chevron Canada avait présenté sa motion : en effet, les demandeurs avaient notifié la personne morale par voie de signification à un établissement physique, en « briques et mortier », qu’elle exploitait à Mississauga, en Ontario (par. 87). Celui-ci constituait un « établissement » au sens de l’al. 16.02(1)c des Règles, et la signification à cet endroit suffisait pour établir la compétence.

(2) Ordonnance de sursis en application de l’art. 106 de la Loi sur les tribunaux judiciaires

[15] Malgré ces conclusions, le juge saisi de la motion a conclu qu’en l’espèce, il était opportun que le tribunal exerce son pouvoir de surseoir à l’instance « de son propre chef », en application de l’art. 106 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, c. C.43, et ce, pour plusieurs motifs. Premièrement, Chevron ne possède pas de biens en Ontario, elle n’en a jamais possédé et elle n’a aucune intention d’en posséder. Deuxièmement, Chevron ne fait pas affaire en Ontario. Troisièmement, rien ne permet d’affirmer que les biens de Chevron Canada sont les biens de Chevron aux fins de l’exécution du jugement équatorien. Chevron n’est pas propriétaire des actions de Chevron Canada. Il n’y a pas non plus de fondement juridique justifiant qu’il soit fait abstraction de la personnalité morale distincte de Chevron Canada. De l’avis du juge, même si [TRADUCTION] « [d’]importantes considérations de courtoisie internationale vont de pair avec toute demande de reconnaissance d’un jugement rendu par un tribunal étranger [. . .] [i]l ressort de la preuve [en l’espèce] qu’il n’y a rien à gagner en Ontario », si bien qu’il n’y a aucune raison de permettre à la demande de suivre son cours : par. 111.

B. *Cour d’appel de l’Ontario (les juges MacPherson, Gillese et Hourigan), 2013 ONCA 758, 118 O.R. (3d) 1*

[16] Les demandeurs ont interjeté appel du sursis prononcé par le juge de première instance. Chevron et Chevron Canada ont fait appel incident de sa conclusion selon laquelle les tribunaux ontariens avaient compétence.

(1) Entering of the Stay

[17] To maintain consistency with their jurisdictional challenge, Chevron and Chevron Canada made no submissions before the Ontario Court of Appeal in support of the stay that had been granted. They made no submissions on this point before this Court either. This issue is therefore not before us.

[18] In this regard, I would simply note that the Court of Appeal rejected the view that this was an appropriate case in which to impose a discretionary stay under s. 106 of the *Courts of Justice Act*. MacPherson J.A., writing for the court, emphasized that Chevron and Chevron Canada — both “sophisticated parties with excellent legal representation” — had decided not to attorn to the jurisdiction of the Ontario courts: para. 45. They referenced s. 106 in their submissions only insofar as it potentially supported a stay on the basis of lack of jurisdiction, not on the basis on which it had ultimately been granted. The stay was entirely the initiative of the motion judge. According to the Court of Appeal, a s. 106 stay should only be granted in rare circumstances, and the bar to granting it should be raised even higher when it is not requested by the parties. In fact, the s. 106 stay in this case constituted a “disguised, unrequested and premature Rule 20 and/or Rule 21 motion”: para. 57. In MacPherson J.A.’s view, the motion judge had effectively imported a *forum non conveniens* motion into his reasoning on the stay, even though no such motion had been before him. The issues that the motion judge had addressed deserved to be fully canvassed on the basis of a complete record and full legal argument.

[19] I note as well that the Court of Appeal found that although the motion judge’s analysis with respect to jurisdiction relied on the notion of comity, he underplayed comity’s importance in the reasons he gave in support of the stay. The Court of Appeal disagreed that allowing the case to be heard on the

(1) Ordonnance de sursis

[17] Pour demeurer conséquentes à l’égard de leur contestation de la compétence, Chevron et Chevron Canada n’ont pas présenté d’observations devant la Cour d’appel de l’Ontario à l’appui du sursis qui avait été accordé. Elles n’ont pas non plus présenté d’observations sur ce point devant nous. En conséquence, notre Cour n’est pas saisie de cette question.

[18] À cet égard, je fais simplement remarquer que la Cour d’appel a rejeté l’idée selon laquelle il convenait en l’espèce d’imposer un sursis discrétionnaire en application de l’art. 106 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*. S’exprimant au nom de la cour, le juge MacPherson a souligné que Chevron et Chevron Canada — toutes deux [TRADUCTION] « des parties avisées, représentées par d’excellents avocats » — avaient décidé de ne pas acquiescer à la compétence des tribunaux ontariens : par. 45. Elles ont fait mention de l’art. 106 dans leurs observations, mais seulement dans la mesure où cet article était susceptible d’appuyer une demande de sursis fondée sur l’absence de compétence, et non pas sur le fondement en vertu duquel le sursis a finalement été prononcé. Le premier juge avait accordé le sursis de sa propre initiative. Selon la Cour d’appel, un sursis en application de l’art. 106 ne doit être prononcé qu’en de rares occasions, et le critère sur lequel on s’appuie pour le prononcer doit être encore plus rigoureux lorsque les parties ne le demandent pas. Le sursis prononcé en application de l’art. 106 constituait en fait une « motion déguisée, non demandée et prématurée, en application de la règle 20 ou de la règle 21 » : par. 57. Le juge MacPherson était d’avis que le juge avait de fait importé une motion de *forum non conveniens* dans son raisonnement relatif au sursis, même s’il n’était saisi d’aucune motion en ce sens. Les questions traitées par le premier juge méritaient d’être examinées en profondeur sur le fondement d’un dossier complet et de plaidoiries complètes.

[19] Je fais également remarquer que la Cour d’appel a conclu que, même si le premier juge s’était appuyé sur la notion de courtoisie dans son analyse de la question de la compétence, il en avait minimisé l’importance dans les motifs qu’il a donnés au soutien du sursis. La Cour d’appel a rejeté l’idée que

merits would constitute a mere “academic exercise”: para. 70. In its view, in light of Chevron’s considerable efforts to stall proceedings up to that point, the plaintiffs “[did] not deserve to have their entire case fail on the basis of an argument against their position that was not even made, and to which they did not have an opportunity to respond”: *ibid*. It found that while the plaintiffs may not ultimately succeed on the merits, or in collecting from the judgment debtor, this was not relevant to a determination of whether to grant a discretionary stay at this stage of the proceedings. For the Court of Appeal, “[t]his case crie[d] out for assistance, not unsolicited and premature barriers”: para. 72.

(2) Jurisdiction to Determine Whether the Ecuadorian Judgment Should Be Recognized and Enforced

[20] On the jurisdictional issue, the Court of Appeal agreed with the motion judge’s analysis. It found this Court’s judgment in *Beals* to be “crystal clear” about how the real and substantial connection test is to be applied in an action for recognition and enforcement of a foreign judgment: para. 29. The sole question is whether the foreign court properly assumed jurisdiction, in the sense that it had a real and substantial connection with the subject matter of the dispute or with the defendant. In other words, there need not be an inquiry into the relationship between “the legal dispute in the foreign country and the domestic Canadian court being asked to recognize and enforce the foreign judgment”: para. 30.

[21] MacPherson J.A. found that this Court’s decision in *Van Breda* did not alter this analysis. In his view, *Van Breda* applies to actions at first instance, not to actions for recognition and enforcement. In a first instance case, “an Ontario court exceeds its constitutional authority when it assumes jurisdiction of a case where there is no real and substantial connection to Ontario”: para. 32. Assuming jurisdiction in such a case “offends the principle of comity because

permettre l’instruction au fond de l’instance constituerait un simple [TRADUCTION] « exercice théorique » : par. 70. À son avis, compte tenu des moyens dilatoires considérables mis en œuvre jusque-là par Chevron, les demandeurs « ne mérit[ai]ent pas d’être entièrement déboutés sur le fondement d’un argument contre leur thèse qui n’a même pas été avancé, et auquel ils n’ont pas eu l’occasion de répondre » : *ibid*. Elle a estimé que, même si, en définitive, les demandeurs peuvent ne pas avoir gain de cause sur le fond ou qu’ils ne réussissent pas à recouvrer ce que leur doit le débiteur judiciaire, cette possibilité n’est aucunement pertinente pour déterminer s’il y a lieu de prononcer un sursis discrétionnaire à cette étape des procédures. Selon la Cour d’appel, « [i]l fallait en l’espèce prêter main-forte et non dresser des obstacles non sollicités et prématurés » : par. 72.

(2) Compétence pour déterminer s’il y a lieu de reconnaître et d’exécuter le jugement équatorien

[20] Sur la question de la compétence, la Cour d’appel a accepté l’analyse du juge de première instance. Selon elle, l’arrêt de notre Cour dans *Beals* énonce [TRADUCTION] « on ne peut plus clairement » la manière dont le critère du lien réel et substantiel doit s’appliquer dans une action en reconnaissance et en exécution d’un jugement étranger : par. 29. La seule question est de savoir si le tribunal étranger s’est à bon droit déclaré compétent, en ce sens où il avait un lien réel et substantiel avec l’objet du litige ou le défendeur. Autrement dit, il n’est pas nécessaire d’examiner le lien entre « le litige dans le pays étranger et le tribunal canadien appelé à reconnaître et à exécuter le jugement étranger » : par. 30.

[21] Le juge MacPherson a conclu que l’arrêt de notre Cour dans *Van Breda* ne modifiait en rien cette analyse. À son avis, l’arrêt *Van Breda* s’applique aux actions de première instance, et non pas aux actions en reconnaissance et en exécution. Dans une action de première instance, [TRADUCTION] « un tribunal ontarien outrepassa sa compétence constitutionnelle lorsqu’il se déclare compétent dans une affaire où il n’y a pas de lien réel et substantiel avec

one or more other jurisdictions have a real and substantial connection to the subject matter of the litigation and Ontario does not”: *ibid.* No constitutional issues or comity concerns arise when merely recognizing and enforcing a foreign judgment, “because the Ontario court does not purport to intrude on matters that are properly within the jurisdiction of the foreign court”: para. 33. In the result, MacPherson J.A. held that “it is clear that the Ecuadorian judgment for US\$9.51 billion against Chevron satisfied the requirement of rule 17.02(m)”: para. 35. Thus, “an Ontario court has jurisdiction to determine whether the Ecuadorian judgment against Chevron may be recognized and enforced in Ontario”: *ibid.*

[22] With respect to Chevron Canada, the Court of Appeal held that the motion judge had been “correct to note Chevron Canada’s bricks-and-mortar business in Ontario”: para. 38. In addition, the court found that “Chevron Canada’s significant relationship with Chevron” was also relevant to whether jurisdiction was legitimately found: *ibid.* An Ontario court thus has jurisdiction to adjudicate a recognition and enforcement action against Chevron that also names Chevron Canada as a defendant.

IV. Issues

[23] The appeal raises two issues:

- (a) In an action to recognize and enforce a foreign judgment, must there be a real and substantial connection between the defendant or the dispute and Ontario for jurisdiction to be established?
- (b) Do the Ontario courts have jurisdiction over Chevron Canada, a third party to the judgment for which recognition and enforcement is sought?

l’Ontario » : par. 32. Se déclarer compétent dans une telle situation « contrevient au principe de courtoisie parce qu’un ou plusieurs autres ressorts ont un lien réel et substantiel avec l’objet du litige alors que l’Ontario n’en a pas » : *ibid.* Il ne se pose aucune question constitutionnelle ni aucun problème de courtoisie lorsqu’il s’agit simplement de reconnaître et d’exécuter un jugement étranger « car le tribunal ontarien ne prétend pas se mêler de questions qui relèvent à bon droit de la compétence du tribunal étranger » : par. 33. En conséquence, le juge MacPherson a statué que « le jugement équatorien condamnant Chevron à payer 9,51 milliards de dollars US répondait clairement à l’exigence de l’al. 17.02m) » : par. 35. Ainsi, « un tribunal ontarien avait compétence pour déterminer si le jugement devait être reconnu et exécuté en Ontario » : *ibid.*

[22] En ce qui concerne Chevron Canada, la Cour d’appel a statué que le juge de première instance avait [TRADUCTION] « eu raison de prendre en considération l’établissement physique, en briques et mortier, exploité en Ontario par Chevron Canada » : par. 38. La cour a conclu en outre que « le lien important qui existait entre Chevron Canada et Chevron » était également pertinent pour résoudre la question de savoir si le tribunal avait effectivement compétence : *ibid.* Un tribunal ontarien avait donc compétence pour trancher une action en reconnaissance et en exécution intentée contre Chevron et qui constituait aussi Chevron Canada comme défenderesse.

IV. Questions en litige

[23] Le pourvoi soulève deux questions :

- a) Dans une action en reconnaissance et en exécution d’un jugement étranger, doit-il exister un lien réel et substantiel entre le défendeur ou le litige, d’une part, et l’Ontario, d’autre part, pour que la compétence soit établie?
- b) Les tribunaux ontariens ont-ils compétence à l’égard de Chevron Canada, une tierce partie au jugement dont on demande la reconnaissance et l’exécution?

V. Analysis

A. *Establishing Jurisdiction Over Foreign Debtors in Actions to Recognize and Enforce Foreign Judgments*

[24] Chevron submits that before proceeding with an action to recognize and enforce a foreign judgment, an Ontario enforcing court must follow a two-step process. First, it must determine its own jurisdiction by applying the real and substantial connection test articulated by this Court in *Van Breda*. For Chevron, this test applies to actions to recognize and enforce foreign judgments just as it does to actions at first instance. Chevron suggests that one way — and in many cases the only way — in which this first component can be satisfied is if the defendant has assets in Ontario, or if there is a reasonable prospect of his or her having assets in Ontario in the future. Second, if jurisdiction is found, then the enforcing court should proceed to assess whether the foreign court appropriately assumed jurisdiction. Chevron does not dispute that this second component is satisfied here: a real and substantial connection undoubtedly existed between the subject matter of the litigation, Chevron and the Ecuadorian court that rendered the foreign judgment.

[25] In support of its position, Chevron relies on a passage from this Court's decision in *Pro Swing Inc. v. Elta Golf Inc.*, 2006 SCC 52, [2006] 2 S.C.R. 612, at para. 28: “Under the traditional rule [that only monetary judgments were enforceable], once the jurisdiction of the enforcing court is established, the petitioner must show that he or she meets the conditions for having the judgment recognized and enforced” (Chevron's factum, at para. 52 (emphasis added by Chevron)). It contends that the requirement of a preliminary finding of jurisdiction did not need to be addressed in the Court's previous leading cases on recognition and enforcement — *Morguard* and *Beals* — as in each of those cases, the judgment debtor was resident in the province.

V. Analyse

A. *Établissement de la compétence à l'égard de débiteurs étrangers dans les actions en reconnaissance et en exécution de jugements étrangers*

[24] Chevron prétend qu'avant de connaître d'une action en reconnaissance et en exécution d'un jugement étranger, un tribunal d'exécution ontarien doit suivre un processus en deux étapes. Premièrement, il doit déterminer sa propre compétence en appliquant le critère du lien réel et substantiel formulé par notre Cour dans *Van Breda*. Selon Chevron, ce critère s'applique aux actions en reconnaissance et en exécution de jugements étrangers tout comme aux actions de première instance. Chevron prétend que l'une des façons — et, dans bien des cas, la seule façon — de satisfaire à cette première étape consiste, pour le demandeur, à établir que le défendeur possède des biens en Ontario, ou qu'il existe une possibilité raisonnable qu'il en possédera. Deuxièmement, si la compétence est ainsi établie, le tribunal d'exécution doit alors se demander si le tribunal étranger s'était à bon droit déclaré compétent. Chevron ne conteste pas que ce deuxième élément a été satisfait en l'espèce : il existait indubitablement un lien réel et substantiel entre l'objet du litige, Chevron et le tribunal équatorien qui a rendu le jugement étranger.

[25] À l'appui de sa thèse, Chevron cite l'extrait suivant du par. 28 de l'arrêt *Pro Swing Inc. c. Elta Golf Inc.*, 2006 CSC 52, [2006] 2 R.C.S. 612, de notre Cour : « Selon la règle classique [voulant que seuls les jugements pécuniaires soient exécutoires], une fois établie la compétence du tribunal d'exécution, le demandeur doit démontrer qu'il remplit les conditions de la reconnaissance et de l'exécution du jugement » (mémoire de Chevron, par. 52 (souligné par Chevron)). Chevron prétend que dans ses principaux arrêts portant sur la reconnaissance et l'exécution, soit les arrêts *Morguard* et *Beals*, notre Cour n'avait pas eu à se prononcer sur l'exigence d'une conclusion préliminaire de compétence, puisque dans chacune de ces affaires, le débiteur judiciaire résidait dans la province.

[26] Chevron further argues that this position is consistent with *Van Breda*. There, the Court emphasized that pursuant to the Constitution, Canadian courts can only adjudicate disputes where doing so constitutes a legitimate exercise of state power: para. 31. Chevron suggests that in actions to recognize and enforce foreign judgments, this constitutional legitimacy must still exist. Ontario courts risk jurisdictional overreach if they assume jurisdiction in cases like this one, in which the province has no interest. Moreover, assuming jurisdiction in such a case risks undermining, not furthering, the notion of comity. The rules for service *ex juris* create mere presumptions of jurisdiction that are “rebuttable if there is no real and substantial connection with the province”: Chevron’s factum, at para. 57.

[27] I agree with the Ontario Court of Appeal and the motion judge that the approach favoured by Chevron is sound neither in law nor in policy. Canadian courts, like many others, have adopted a generous and liberal approach to the recognition and enforcement of foreign judgments. To recognize and enforce such a judgment, the only prerequisite is that the foreign court had a real and substantial connection with the litigants or with the subject matter of the dispute, or that the traditional bases of jurisdiction were satisfied. It is true that in any case in which a Canadian court exercises authority over a party, some basis must exist for its doing so. It does not follow, however, that jurisdiction is and can only be established using the real and substantial connection test, whether that test is satisfied by the existence of assets alone or on another basis. In actions to recognize and enforce foreign judgments within the limits of the province, it is the act of service on the basis of a foreign judgment that grants an Ontario court jurisdiction over the defendant. I arrive at this conclusion for several reasons. First, this Court has rightly never imposed a requirement to prove a real and substantial connection between the defendant or the dispute and the province in actions to recognize and enforce foreign judgments. Second, the distinct principles that underlie actions for recognition and enforcement as opposed to actions at first instance

[26] Chevron plaide en outre que cette thèse est conforme à l’arrêt *Van Breda*. Dans cette affaire, la Cour a souligné que, aux termes de la Constitution, les tribunaux canadiens ne peuvent statuer sur des litiges que dans l’exercice légitime du pouvoir de l’État : par. 31. Chevron prétend que dans les actions en reconnaissance et en exécution de jugements étrangers, cette légitimité constitutionnelle doit toujours exister. Les tribunaux ontariens risquent d’outrepasser leur compétence s’ils se déclarent compétents dans des affaires comme celle-ci, où la province n’a aucun intérêt. Qui plus est, une déclaration de compétence dans une telle affaire risquerait de miner, plutôt que de soutenir, la notion de courtoisie. Les règles relatives à la signification *ex juris* ne font que créer des présomptions de compétence, lesquelles sont [TRADUCTION] « réfutables s’il n’existe aucun lien réel et substantiel avec la province » : mémoire de Chevron, par. 57.

[27] Tout comme la Cour d’appel de l’Ontario et le juge de première instance, je conclus que le raisonnement mis de l’avant par Chevron est mal fondé sur les plans du droit et des principes. Les tribunaux canadiens, à l’instar de bien d’autres, ont adopté une approche souple et libérale en ce qui concerne la reconnaissance et l’exécution des jugements étrangers. Pour la reconnaissance et l’exécution de ces jugements, la seule condition préalable est que le tribunal étranger ait eu un lien réel et substantiel avec les parties au litige ou avec l’objet du litige, ou que les fondements traditionnels de la compétence soient respectés. Il est vrai que dans toute affaire dans laquelle un tribunal canadien exerce sa compétence à l’égard d’une partie, il doit avoir une raison de le faire. Toutefois, il ne s’ensuit pas que la seule manière d’établir la compétence consiste à faire appel au critère du lien réel et substantiel, que la satisfaction de ce critère dépende uniquement de l’existence de biens dans le ressort ou qu’elle repose sur un autre fondement. Dans les actions en reconnaissance et en exécution de jugements étrangers dans les limites de la province, c’est l’acte de signification fondé sur un jugement étranger qui confère au tribunal ontarien la compétence à l’égard d’un défendeur. Plusieurs motifs m’amènent à cette conclusion. Premièrement, dans les actions en reconnaissance et en exécution de

support this position. Third, the experiences of other jurisdictions, convincing academic commentary, and the fact that comparable statutory provisions exist in provincial legislation reinforce this approach. Finally, practical considerations militate against adopting Chevron's submission.

(1) Jurisprudential Guidance Prior to *Van Breda*

[28] Contrary to Chevron's contention, this Court has never required there to be a real and substantial connection between the defendant or the action and the enforcing court for jurisdiction to exist in recognition and enforcement proceedings.

[29] This Court's modern judgments on recognition and enforcement begin with the 1990 decision in *Morguard*. There, the Court expanded the traditionally limited bases upon which foreign judgments could be recognized and enforced. Before *Morguard*, a foreign judgment would be recognized and enforced only if the defendant in the original action had been present in the foreign jurisdiction, or had consented to the court's jurisdiction: S. G. A. Pitel and N. S. Rafferty, *Conflict of Laws* (2010), at p. 53; *Morguard*, at p. 1092. These traditional bases for recognition and enforcement attracted criticism as being unduly restrictive, particularly as between sister provinces: see, e.g., V. Black, "Enforcement of Judgments and Judicial Jurisdiction in Canada" (1989), 9 *Oxford J. Legal Stud.* 547.

[30] In *Morguard*, La Forest J., writing for the Court, held that the judgments of another province could and should also be recognized and enforced

jugements étrangers, notre Cour n'a jamais, à juste titre, exigé la preuve d'un lien réel et substantiel entre le défendeur ou le litige, d'une part, et la province, d'autre part. Deuxièmement, les principes qui sous-tendent les actions en reconnaissance et en exécution, lesquels sont distincts de ceux qui sous-tendent les actions de première instance, appuient cette thèse. Troisièmement, la jurisprudence d'autres juridictions, des commentaires de doctrine convaincants et le fait qu'il existe des dispositions législatives comparables dans les lois provinciales appuient cette approche. Enfin, des considérations d'ordre pratique militent contre l'adoption des arguments de Chevron.

(1) La jurisprudence antérieure à l'arrêt *Van Breda*

[28] Contrairement à ce que prétend Chevron, notre Cour n'a jamais, dans une demande de reconnaissance et d'exécution, assujéti la déclaration de compétence à l'existence d'un lien réel et substantiel entre le défendeur ou l'action, d'une part, et le ressort d'exécution, d'autre part.

[29] L'arrêt *Morguard*, rendu en 1990, marque le point de départ de la jurisprudence moderne de notre Cour en matière de reconnaissance et d'exécution. Dans cet arrêt, la Cour a élargi les fondements jusqu'alors limités sur lesquels les jugements étrangers pouvaient être reconnus et exécutés. Avant l'arrêt *Morguard*, la reconnaissance et l'exécution d'un jugement étranger n'étaient possibles que si le défendeur à l'action initiale avait été présent dans le ressort étranger ou s'il avait consenti à ce que le tribunal se déclare compétent : S. G. A. Pitel et N. S. Rafferty, *Conflict of Laws* (2010), p. 53; *Morguard*, p. 1092. On a reproché à ces fondements traditionnels de la reconnaissance et de l'exécution d'être indûment restrictifs, particulièrement dans leur application entre provinces canadiennes : voir, p. ex., V. Black, « Enforcement of Judgments and Judicial Jurisdiction in Canada » (1989), 9 *Oxford J. Legal Stud.* 547.

[30] Dans *Morguard*, le juge La Forest, s'exprimant au nom de la Cour, a statué que les jugements d'une autre province pouvaient et devaient aussi

where the other province's court assumed jurisdiction on the basis of a real and substantial connection between the action and that province: pp. 1102 and 1108. In his view, the traditional grounds for recognition and enforcement had been retained based on a misguided notion of comity, unsuited to "the need in modern times to facilitate the flow of wealth, skills and people across state lines in a fair and orderly manner": p. 1096. Moreover, the traditional recognition and enforcement rules were tailored to circumstances that had existed at a time when it would have been difficult for the defendant to defend "an action initiated in a far corner of the world in the then state of travel and communications": p. 1097. The need to revisit the traditional rules was particularly acute in a federal state like Canada, to which "considerations underlying the rules of comity apply with much greater force": p. 1098.

[31] In arriving at his conclusions, La Forest J.'s analysis focused entirely on whether the court of the other province or territory had "properly, or appropriately, exercised jurisdiction in the action": p. 1102. He intimated no need to interrogate the enforcing court's jurisdiction, either in his discussion of the law or in its application to the facts of the case. Instead, once a real and substantial connection between the original court and the action is demonstrated, and it is clear that the original court had jurisdiction, the resulting judgment "should be recognized and be enforceable" in the other provinces: p. 1108.

[32] This Court revisited the prerequisites to recognition and enforcement in 2003 in *Beals*. It held that the real and substantial connection test should also apply to the money judgments of other countries' courts. In reasons written by Major J., the majority of the Court found that the principles of order, fairness, and comity that underlay the decision in *Morguard*, while originally cast in the interprovincial context, were equally compelling internationally: paras. 25-27. According to Major J.,

être reconnus et exécutés dans les cas où le tribunal de cette autre province s'était déclaré compétent sur le fondement d'un lien réel et substantiel entre l'action et cette province : p. 1102 et 1108. À son avis, le maintien des fondements traditionnels de reconnaissance et d'exécution s'appuyait sur une conception malavisée de la courtoisie, non adaptée à « la nécessité qu'impose l'époque moderne de faciliter la circulation ordonnée et équitable des richesses, des techniques et des personnes d'un pays à l'autre » : p. 1096-1097. Qui plus est, les règles traditionnelles de reconnaissance et d'exécution étaient adaptées aux circonstances prévalant à une époque où il était difficile pour le défendeur de contester « une action engagée à l'autre bout du monde dans les conditions de déplacement et de communication qui prévalaient alors » : p. 1097. Le besoin de revoir les règles traditionnelles était particulièrement criant dans un État fédéral comme le Canada, où « [l]es considérations qui sous-tendent les règles de la courtoisie s'appliquent avec beaucoup plus de force » : p. 1098.

[31] Pour arriver à ses conclusions, le juge La Forest a concentré son analyse sur une seule question, à savoir si le tribunal de l'autre province ou territoire avait « correctement et convenablement exercé sa compétence dans l'action » : p. 1102. Nulle part dans son analyse du droit ou dans l'application de celui-ci aux faits de l'affaire laissait-il entendre qu'il faut s'interroger sur la compétence du tribunal saisi de la demande d'exécution. À son avis, dès qu'un lien réel et substantiel entre le tribunal saisi à l'origine et l'action est démontré et qu'il est clair que ce tribunal avait compétence, le jugement qui s'ensuit « devrait être reconnu et exécuté » dans les autres provinces : p. 1108.

[32] Dans l'arrêt *Beals*, rendu en 2003, notre Cour a réexaminé les conditions préalables à la reconnaissance et à l'exécution, statuant que le critère du lien réel et substantiel devait également s'appliquer aux jugements pécuniaires rendus par les tribunaux de pays étrangers. Dans les motifs du juge Major, les juges majoritaires de la Cour ont conclu que les principes d'ordre, d'équité et de courtoisie qui sous-tendaient l'arrêt *Morguard*, quoique formulés à l'origine dans le contexte interprovincial, valaient

“[i]nternational comity and the prevalence of international cross-border transactions and movement call for a modernization of private international law”: para. 28. Where a real and substantial connection existed between the foreign court and the action’s subject matter or its defendants, the foreign judgment should be recognized and enforced: para. 29.

[33] Here again, the Court did not articulate or imply a need to inquire into the enforcing court’s jurisdiction; the focus remained squarely on the foreign jurisdiction. In Major J.’s view, the following conditions must be met before a domestic court will enforce a judgment from a foreign jurisdiction:

The enforcing court, in this case Ontario, must determine whether the foreign court had a real and substantial connection to the action or the parties, at least to the level established in *Morguard, supra*. A real and substantial connection is the overriding factor in the determination of jurisdiction. . . .

If a foreign court did not properly take jurisdiction, its judgment will not be enforced. . . .

Once the “real and substantial connection” test is found to apply to a foreign judgment, the court should then examine the scope of the defences available to a domestic defendant in contesting the recognition of such a judgment.

(*Beads*, at paras. 37-39)

[34] Thus, in the recognition and enforcement context, the real and substantial connection test operates simply to ensure that the foreign court from which the judgment originated properly assumed jurisdiction over the dispute. Once this is demonstrated, the defendant has an opportunity to prove that one of the defences to recognition and enforcement should apply. No mention is made of any need

autant sur le plan international : par. 25-27. Pour reprendre les propos du juge Major, « [l]a courtoisie internationale et la prédominance de la circulation et des opérations transfrontalières internationales commandent une modernisation du droit international privé » : par. 28. Dès lors qu’il existe un lien réel et substantiel entre le ressort étranger et l’objet de l’action ou ses défendeurs, il y a lieu de reconnaître et d’exécuter le jugement étranger : par. 29.

[33] Là encore, la Cour n’a pas explicitement ou implicitement énoncé la nécessité de s’interroger sur la compétence du tribunal saisi de la demande d’exécution et la principale question demeurerait celle de la compétence du tribunal étranger. Le juge Major était d’avis que les conditions suivantes devaient être remplies avant qu’un tribunal national exécute un jugement rendu dans un ressort étranger :

Le tribunal saisi de la demande d’exécution, en l’occurrence le tribunal ontarien, doit déterminer si le tribunal étranger avait un lien réel et substantiel avec l’action ou les parties, à tout le moins dans la mesure fixée dans l’arrêt *Morguard*, précité. L’existence d’un lien réel et substantiel est le facteur déterminant en matière de compétence. . .

Si un tribunal étranger n’a pas exercé correctement sa compétence, le jugement qu’il a rendu ne sera pas exécuté. . .

Dès qu’il conclut que le critère du « lien réel et substantiel » s’applique à un jugement étranger, le tribunal doit examiner la portée des moyens de défense qu’un défendeur canadien peut opposer à la reconnaissance de ce jugement.

(*Beads*, par. 37-39)

[34] Ainsi, dans le contexte de la reconnaissance et de l’exécution, le critère du lien réel et substantiel sert simplement à assurer que le tribunal étranger à l’origine du jugement a tranché le litige à bon droit. Dès que cela est démontré, il est loisible au défendeur de prouver qu’il y a lieu d’appliquer un des moyens de défense à la reconnaissance et à l’exécution. Nulle mention n’est faite par contre

to prove a connection between the enforcing jurisdiction and the action. In the end, the test articulated for recognition and enforcement in *Morguard* and *Beals* is “seemingly straightforward”: T. J. Monestier, “Jurisdiction and the Enforcement of Foreign Judgments” (2013), 42 *Advocates’ Q.* 107, at p. 110.

[35] Three years later, in *Pro Swing*, the Court once more extended the scope of Canadian recognition and enforcement law, this time in relation to non-monetary foreign judgments. Traditionally, to be recognizable and enforceable, a foreign judgment had to be “(a) for a debt, or definite sum of money” and “(b) final and conclusive”: para. 10, quoting *Dicey and Morris on the Conflict of Laws* (13th ed. 2000), vol. 1, Rule 35, at pp. 474-75. In *Pro Swing*, the Court held that non-monetary foreign judgments should also be capable of being recognized and enforced in Canada. In its view, “the conditions for recognition and enforcement can be expressed generally as follows: the judgment must have been rendered by a court of competent jurisdiction and must be final, and it must be of a nature that the principle of comity requires the domestic court to enforce”: para. 31. Chevron contends that it was in the course of this judgment that the Court clearly expressed what had been implicit in *Morguard* and *Beals*: the need to assess the Canadian forum’s jurisdiction before recognizing and enforcing the foreign judgment. In this regard, Chevron points to para. 28 of the majority’s reasons, where Deschamps J. wrote: “Under the traditional rule, once the jurisdiction of the enforcing court is established, the petitioner must show that he or she meets the conditions for having the judgment recognized and enforced.”

[36] I cannot accede to Chevron’s submission that this phrase was intended to alter this Court’s clear guidance in *Morguard* and *Beals* for two reasons. First, this Court’s insistence in *Pro Swing* that jurisdiction must be established prior to determining whether the foreign judgment should be recognized and enforced is hardly controversial: jurisdiction must, of course, always be established regardless of the type of action being brought. Otherwise, the court will lack the power to hear and determine

de la nécessité de prouver un lien entre le tribunal d’exécution et l’action. En définitive, le critère de reconnaissance et d’exécution formulé dans *Morguard* et *Beals* [TRADUCTION] « paraît plutôt simple » : T. J. Monestier, « Jurisdiction and the Enforcement of Foreign Judgments » (2013), 42 *Advocates’ Q.* 107, p. 110.

[35] Trois ans plus tard, dans l’arrêt *Pro Swing*, notre Cour a encore une fois étendu l’application du droit canadien en matière de reconnaissance et d’exécution, cette fois aux jugements étrangers non pécuniaires. Jusqu’alors, pour être reconnu et exécuté, il fallait que le jugement étranger soit « a) relatif à une dette ou à une somme déterminée » et « b) définitif » : par. 10, citant *Dicey and Morris on the Conflict of Laws* (13^e éd. 2000), vol. 1, règle 35, p. 474-475. Dans *Pro Swing*, la Cour a statué que les jugements étrangers devaient eux aussi être susceptibles de reconnaissance et d’exécution au Canada. De l’avis de la Cour, « [I]es conditions auxquelles peut être reconnu et exécuté un jugement étranger peuvent [. . .] être résumées de façon générale : il doit avoir été rendu par un tribunal compétent, être définitif et être d’une nature telle que la courtoisie commande son exécution » : par. 31. Chevron prétend que dans cet arrêt, notre Cour a exprimé clairement ce qui était implicite dans *Morguard* et *Beals*, à savoir la nécessité d’évaluer la compétence du tribunal canadien avant que le jugement étranger soit reconnu et exécuté. Au soutien de sa thèse, Chevron cite le par. 28 des motifs des juges majoritaires, où la juge Deschamps a écrit : « Selon la règle classique, une fois établie la compétence du tribunal d’exécution, le demandeur doit démontrer qu’il remplit les conditions de la reconnaissance et de l’exécution du jugement. »

[36] Je ne peux accepter l’argument de Chevron qui prétend que cette phrase était censée modifier les indications claires données par notre Cour dans *Morguard* et *Beals*, et ce, pour deux motifs. Premièrement, le fait que notre Cour ait insisté, dans *Pro Swing*, sur la nécessité que la compétence soit établie avant que l’on détermine s’il y a lieu de reconnaître et d’exécuter le jugement étranger prête difficilement à controverse : il est bien évident que la compétence doit toujours être établie, quel que soit

the case. Where Chevron's submission fails, however, is in assuming that the only way to establish jurisdiction is by proving the existence of a real and substantial connection between the foreign judgment debtor and the Canadian forum. In my view, jurisdiction in an action limited to recognition and enforcement of a foreign judgment within the province of Ontario is established when service is effected on a defendant against whom a foreign judgment debt is alleged to exist. There is no requirement, nor need, to resort to the real and substantial connection test.

[37] Second, Deschamps J. clearly stated the prerequisites to recognition and enforcement elsewhere in her reasons, and did not insist or expand upon such a requirement. She wrote:

The foreign judgment is evidence of a debt. All the enforcing court needs is proof that the judgment was rendered by a court of competent jurisdiction and that it is final, and proof of its amount. The enforcing court then lends its judicial assistance to the foreign litigant by allowing him or her to use its enforcement mechanisms.

(*Pro Swing*, at para. 11)

This statement is consistent with *Morguard* and *Beals*: there is no need to probe the relationship between the enforcing forum and the action or the defendant. Deschamps J.'s one prior, passing reference to the need for the enforcing court to have jurisdiction cannot serve as a basis for inferring the existence of a significant, and previously unstated, hurdle to recognition and enforcement that simply does not exist. As is evident from her reasons, she retained the focus on jurisdiction in the original foreign proceeding.

(2) Effect of *Van Breda*

[38] Chevron also places considerable reliance upon this Court's decision in *Van Breda*. In my view,

le type d'action intentée. S'il en était autrement, le tribunal n'aurait pas le pouvoir d'instruire et de trancher l'affaire. Cependant, l'argument de Chevron est erroné en ce qu'il présume que la seule façon d'établir la compétence est de prouver l'existence d'un lien réel et substantiel entre le débiteur en vertu d'un jugement étranger et le tribunal canadien. À mon avis, la compétence dans une action qui se limite à la reconnaissance et à l'exécution d'un jugement étranger dans la province de l'Ontario est établie lorsque la signification a été faite au défendeur, le prétendu débiteur en vertu d'un jugement étranger. Il n'est ni obligatoire, ni nécessaire, d'avoir recours au critère du lien réel et substantiel.

[37] Deuxièmement, dans un autre passage de ses motifs, la juge Deschamps a énoncé clairement les conditions préalables à la reconnaissance et à l'exécution, sans insister sur une telle exigence et sans en parler davantage. Elle a écrit ce qui suit :

Le jugement étranger constate une dette. Tout ce dont le tribunal d'exécution a besoin est la preuve de la compétence du tribunal étranger, du montant du jugement et de son caractère définitif. Le tribunal d'exécution peut alors prêter son concours au justiciable étranger en lui donnant accès aux mécanismes d'exécution internes.

(*Pro Swing*, par. 11)

Cette affirmation est conforme aux arrêts *Morguard* et *Beals* : il n'est pas nécessaire d'examiner plus à fond le lien entre le ressort appelé à exécuter le jugement et l'action ou le défendeur. On ne saurait s'appuyer sur la mention, faite en passant par la juge Deschamps, de la nécessité que le tribunal d'exécution ait compétence pour conclure à l'existence d'un nouvel obstacle important et jusqu'alors inconnu à la reconnaissance et à l'exécution d'un jugement étranger. Un tel obstacle n'existe tout simplement pas. Comme il ressort clairement de ses motifs, la juge Deschamps a plutôt mis l'accent sur la compétence dans l'instance étrangère d'origine, sans plus.

(2) L'effet de l'arrêt *Van Breda*

[38] Chevron s'appuie également abondamment sur l'arrêt *Van Breda* de notre Cour. À mon avis,

this reliance is misplaced. While there is no denying that the *Van Breda* decision carries great importance in many areas of Canadian conflict of laws, its intended scope should not be overstated. Nothing in *Van Breda* altered the jurisdictional inquiry in actions to recognize and enforce foreign judgments as established by this Court in *Morguard*, *Beals* and *Pro Swing*.

[39] In *Van Breda*, LeBel J. clearly specified the limited areas of private international law to which the decision was intended to apply. First, he noted at para. 16 that three categories of issues are “intertwined” in private international law: jurisdiction, *forum non conveniens* and the recognition of foreign judgments. Although he acknowledged that “[n]one of the divisions of private international law can be safely analysed and applied in isolation from the others”, LeBel J. nonetheless cautioned that “the central focus of these appeals is on jurisdiction and the appropriate forum”, that is, only two of the three categories of issues at play in private international law: para. 16. He went on to propose an analytical framework and legal principles applicable to the assumption of jurisdiction (one way of establishing jurisdiction *simpliciter*) and for deciding whether to decline to exercise it (*forum non conveniens*). Nowhere did he purport to analyze or modify the principles applicable to the recognition and enforcement of foreign judgments, the area of private international law that is the central focus of this appeal.

[40] Second, LeBel J. further — and repeatedly — confined the principles he developed in *Van Breda* to the assumption of jurisdiction in tort actions. For example, he said: “. . . this Court must craft more precisely the rules and principles governing the assumption of jurisdiction by the courts of a province over tort cases in which claimants sue in Ontario, but at least some of the events that gave rise to the claims occurred outside Canada or outside the province” (para. 68). He later added the following:

il est malavisé de le faire. Même s’il est indéniable que l’arrêt *Van Breda* revêt une grande importance dans plusieurs domaines du droit international privé canadien, il ne faut pas en exagérer la portée. L’arrêt *Van Breda* n’a pas eu pour effet de modifier l’analyse relative à la compétence dans les actions en reconnaissance et en exécution de jugements étrangers établie par notre Cour dans les arrêts *Morguard*, *Beals* et *Pro Swing*.

[39] Dans *Van Breda*, le juge LeBel a clairement précisé les domaines limités du droit international privé auxquels l’arrêt devait s’appliquer. D’entrée de jeu, il a fait remarquer au par. 16 que trois catégories de questions étaient « étroitement liées » en droit international privé : la compétence, le *forum non conveniens* et la reconnaissance des jugements étrangers. Tout en reconnaissant qu’« [i]l s’avère impossible d’analyser et d’appliquer sans risque un des éléments du droit international privé en faisant abstraction des autres éléments », le juge LeBel a néanmoins souligné que « les [. . .] pourvois [dont la Cour était saisie] port[ai]ent essentiellement sur la reconnaissance de compétence et la détermination du tribunal approprié pour l’instruction d’un litige », c’est-à-dire seulement deux des trois catégories de questions en jeu en droit international privé : par. 16. Il a alors proposé un cadre d’analyse et des principes juridiques applicables à la déclaration de compétence (une façon d’établir la simple reconnaissance de compétence) ainsi qu’aux décisions sur l’opportunité de décliner compétence (le *forum non conveniens*). Il n’a nulle part prétendu analyser ou modifier les principes applicables à la reconnaissance et à l’exécution de jugements étrangers, le domaine du droit international privé au cœur du présent pourvoi.

[40] Deuxièmement, le juge LeBel a restreint — plus d’une fois — l’application des principes qu’il a élaborés dans l’arrêt *Van Breda* aux déclarations de compétence dans les actions en responsabilité délictuelle. Par exemple, il a dit que « la Cour doit préciser davantage les règles et les principes applicables aux déclarations de compétence des tribunaux provinciaux en matière de responsabilité délictuelle dans les cas où les demandeurs poursuivent en Ontario et où une partie au moins des faits ayant donné

“Before I go on to consider a list of presumptive connecting factors for tort cases, I must define the legal nature of the list” (para. 80). Perhaps most tellingly, LeBel J. stated, at para. 85: “The list of presumptive connecting factors proposed here relates to claims in tort and issues associated with such claims. It does not purport to be an inventory of connecting factors covering the conditions for the assumption of jurisdiction over all claims known to the law.”

[41] To accept Chevron’s argument would be to extend *Van Breda* into an area in which it was not intended to apply, and in which it has no principled reason to meddle. In fact, and more compellingly, the principles that animate recognition and enforcement indicate that *Van Breda*’s pronouncements should not apply to recognition and enforcement cases. It is to these principles that I will now turn.

(3) Principles Underlying Actions for Recognition and Enforcement

[42] Two considerations of principle support the view that the real and substantial connection test should not be extended to an enforcing court in an action for recognition and enforcement. First, the crucial difference between an action at first instance and an action for recognition and enforcement is that, in the latter case, the only purpose of the action is to allow a pre-existing obligation to be fulfilled. Second, the notion of comity, which has consistently underlain actions for recognition and enforcement, militates in favour of generous enforcement rules.

naissance à l’action sont survenus à l’étranger ou à l’extérieur de la province » : par. 68. Plus loin, il a ajouté ce qui suit : « Cependant, avant de passer à l’examen d’une liste de facteurs de rattachement créant une présomption applicables dans les actions fondées sur un délit, je dois préciser la nature juridique de cette liste » (par. 80). Fait encore plus révélateur peut-être, le juge LeBel a affirmé ce qui suit, au par. 85 : « La liste des facteurs de rattachement créant une présomption proposés ici se rapporte à des actions en responsabilité délictuelle et aux questions s’y rattachant. Elle ne se veut pas une liste complète des facteurs de rattachement concernant les conditions permettant aux tribunaux de se déclarer compétents à l’égard de tous les recours connus en droit. »

[41] Faire droit à l’argument de Chevron conférerait à l’arrêt *Van Breda* une portée excessive qui permettrait son application dans un domaine qu’il n’était pas censé traiter, et dans lequel il n’avait aucune raison valable de s’appliquer. De fait, et de façon encore plus convaincante, les principes qui sous-tendent la reconnaissance et l’exécution amènent à conclure que ce qui est dit dans *Van Breda* ne devrait justement pas s’appliquer dans les affaires de reconnaissance et d’exécution. Je vais donc maintenant aborder ces principes.

(3) Les principes qui sous-tendent les actions en reconnaissance et en exécution

[42] Deux considérations de principe permettent de conclure qu’il n’y a pas lieu, pour un tribunal saisi d’une action en reconnaissance et en exécution, d’appliquer le critère du lien réel et substantiel. Premièrement, la différence déterminante entre une action de première instance et une action en reconnaissance et en exécution est que dans le dernier cas, l’action a pour seul but de permettre l’acquittement d’une obligation préexistante. Deuxièmement, la notion de courtoisie, qui a invariablement sous-tendu les actions en reconnaissance et en exécution, milite en faveur de règles libérales en matière d’exécution.

(a) *Purpose of Recognition and Enforcement Proceedings*

[43] Canadian law recognizes that the purpose of an action to recognize and enforce a foreign judgment is to allow a pre-existing obligation to be fulfilled; that is, to ensure that a debt already owed by the defendant is paid. As Pitel and Rafferty explain, such an action “is based not on the original claim the plaintiff had pursued against the defendant but rather on the obligation created by the foreign judgment”: p. 159; see also P. M. Perell and J. W. Morden, *The Law of Civil Procedure in Ontario* (2nd ed. 2014), at ¶11.177. The following comment made by McLachlin C.J. in *Pro Swing* (although in dissent) also reflects this logic: “Barring exceptional concerns, a court’s focus when enforcing a foreign judgment is not on the substantive and procedural law on which the judgment is based, but instead on the obligation created by the judgment itself” (para. 77).

[44] Important consequences flow from this observation. First, the purpose of an action for recognition and enforcement is not to evaluate the underlying claim that gave rise to the original dispute, but rather to assist in enforcing an already-adjudicated obligation. In other words, the enforcing court’s role is not one of substance, but is instead one of facilitation: *Pro Swing*, at para. 11. The court merely offers an enforcement mechanism to facilitate the collection of a debt within the jurisdiction. This entails that the enforcing court does not exercise jurisdiction in the same way as it does in actions at first instance. In a first instance case like *Van Breda*, the focus is on whether the court has jurisdiction to determine the merits of a substantive legal claim; in a recognition and enforcement case, the court does not create a new substantive obligation, but instead assists with the fulfillment of an existing one.

[45] It follows that there can be no concern that the parties are located elsewhere, or that the facts

a) *L’objet de la demande de reconnaissance et d’exécution*

[43] Le droit canadien reconnaît que l’action en reconnaissance et en exécution d’un jugement étranger a pour objet de permettre l’acquittement d’une obligation préexistante, c’est-à-dire d’assurer le paiement d’une dette dont le défendeur est déjà redevable. Comme l’expliquent Pitel et Rafferty, une telle action [TRADUCTION] « est fondée non pas sur la réclamation initiale que le demandeur avait fait valoir contre le défendeur, mais sur l’obligation créée par le jugement étranger » : p. 159; voir également P. M. Perell et J. W. Morden, *The Law of Civil Procedure in Ontario* (2^e éd. 2014), ¶11.177. Les propos suivants de la juge en chef McLachlin dans l’arrêt *Pro Swing* (quoique exprimés dans sa dissidence) reflètent également cette logique : « Sauf circonstances exceptionnelles, le tribunal s’attache à l’obligation créée par le jugement étranger, et non aux dispositions de droit substantiel et procédural qui sous-tendent celui-ci » (par. 77).

[44] D’importantes conséquences se dégagent de cette observation. Premièrement, l’action en reconnaissance et en exécution ne doit pas porter sur l’examen de la réclamation sous-jacente qui a donné lieu au litige initial, mais plutôt sur l’aide que le tribunal peut offrir pour l’exécution d’une obligation déjà reconnue par jugement. Autrement dit, le tribunal d’exécution n’est pas appelé à juger sur le fond, mais plutôt à jouer le rôle de facilitateur : *Pro Swing*, par. 11. Il offre simplement un mécanisme d’exécution pour faciliter le recouvrement d’une dette dans le ressort. Il s’ensuit que le tribunal d’exécution n’exerce pas sa compétence de la même manière qu’il le fait dans les actions de première instance. Dans une affaire en première instance comme *Van Breda*, la cour se demande si elle a compétence pour trancher la réclamation sur le fond; dans une demande de reconnaissance et d’exécution, la cour ne crée pas une nouvelle obligation substantielle, mais aide plutôt à l’acquittement d’une obligation existante.

[45] Par conséquent, il importe peu que les parties se trouvent ailleurs, ou qu’il soit opportun

underlying the dispute are properly addressed in another court, factors that might serve to undermine the existence of a real and substantial connection with the forum in first instance adjudication. The defendant will, of course, not have a significant connection with the forum, otherwise an independent jurisdictional basis would already exist for proceeding against him or her. Moreover, the facts underlying the original judgment are irrelevant, except insofar as they relate to potential defences to enforcement. The only important element is the foreign judgment itself, and the legal obligation it has created. Simply put, the logic for mandating a connection with the enforcing jurisdiction finds no place.

[46] Second, enforcement is limited to measures — like seizure, garnishment, or execution — that can be taken only within the confines of the jurisdiction, and in accordance with its rules: *Pro Swing*, at para. 11; J. Walker, *Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws* (6th ed. (loose-leaf)), at p. 11-52. The recognition and enforcement of a judgment therefore has a limited impact: as Walker states, “[a]n order enforcing a foreign judgment applies only to local assets” (p. 14-11). The enforcing court’s judgment has no coercive force outside its jurisdiction. Whether recognition and enforcement should proceed depends entirely on the enforcing forum’s laws. The dispute does not contain a foreign element that would make resort to the real and substantial connection test necessary. Walker adds that, as a result, since enforcement concerns only local assets, “there is no basis for staying the proceedings on the grounds that the forum is inappropriate or that the judgment debtor’s principal assets are elsewhere”: *ibid.*

[47] Third, and flowing from this reality, any potential constitutional concerns that might sometimes emerge in conflict of laws cases simply do not arise in recognition and enforcement proceedings. In *Morguard*, the Court elaborated a conflict of laws rule and also hinted, without deciding, that the test might have constitutional foundations: pp. 1109-10.

qu’un autre tribunal traite les faits sous-jacents au litige, des facteurs qui pourraient miner l’existence d’un lien réel et substantiel avec le tribunal dans une affaire instruite en première instance. Bien entendu, le défendeur n’aura pas de lien important avec le tribunal, car autrement, il existerait déjà un fondement juridictionnel indépendant pour engager des procédures contre lui. De plus, les faits qui sous-tendaient le jugement initial ne sont pas pertinents, sauf dans la mesure où ils ont trait à d’éventuels moyens de défense contre l’exécution. Le seul élément important est le jugement étranger lui-même, ainsi que l’obligation juridique qu’il a créée. En somme, il serait illogique d’exiger un lien avec le ressort d’exécution.

[46] Deuxièmement, l’exécution se limite à des mesures — par exemple la saisie, la saisie-arrêt et la saisie-exécution — qui ne peuvent être prises que dans les limites du ressort du tribunal d’exécution et conformément à ses règles : *Pro Swing*, par. 11; J. Walker, *Castel & Walker : Canadian Conflict of Laws* (6^e éd. (feuilles mobiles)), p. 11-52. La reconnaissance et l’exécution d’un jugement ont donc un effet limité : comme l’affirme Walker, [TRADUCTION] « [l]’ordonnance d’exécution d’un jugement étranger ne s’applique qu’aux biens locaux » (p. 14-11). Le jugement du tribunal d’exécution n’a aucun effet contraignant en dehors du ressort d’exécution. L’opportunité que la demande de reconnaissance et d’exécution suive son cours dépend entièrement des lois du ressort d’exécution. Le litige ne porte sur aucun élément étranger qui nécessiterait le recours au critère du lien réel et substantiel. Par conséquent, ajoute Walker, puisque l’exécution ne concerne que des biens locaux, « il n’y a aucune raison de surseoir à l’instance au motif que le ressort est inapproprié ou que les principaux biens du débiteur judiciaire se trouvent ailleurs » : *ibid.*

[47] Troisièmement, il découle de cette réalité que d’éventuelles questions d’ordre constitutionnel qui pourraient parfois se présenter dans des affaires de droit international privé ne se posent tout simplement pas dans une demande de reconnaissance et d’exécution. Dans *Morguard*, notre Cour a élaboré une règle de droit international privé et a laissé entendre, sans

In *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289, the Court confirmed that *Morguard* had created a constitutional principle that was applicable to the assumption of jurisdiction. LeBel J. later reaffirmed and clarified this in *Van Breda*, where he noted that the real and substantial connection test has a dual nature: first, it serves as a constitutional principle; second, it constitutes a conflict of laws rule (paras. 22-24). He stated that “in Canadian constitutional law, the real and substantial connection test has given expression to the constitutionally imposed territorial limits that underlie the requirement of legitimacy in the exercise of the state’s power of adjudication”; he added that the test “suggests that the connection between a state and a dispute cannot be weak or hypothetical”, as such a connection “would cast doubt upon the legitimacy of the exercise of state power over the persons affected by the dispute”: para. 32.

[48] No concern about the legitimacy of the exercise of state power exists in actions to recognize and enforce foreign judgments against judgment debtors. As I have explained, when such an action comes before a Canadian court, the court is not assuming jurisdiction over the parties in the same way as would occur in a first instance case. The enforcing court has no interest in adjudicating the original rights of the parties. Rather, the court merely seeks to assist in the enforcement of what has already been decided in another forum. As Deschamps J. aptly stated in *Pro Swing*, “[t]he enforcing court . . . lends its judicial assistance to the foreign litigant by allowing him or her to use its enforcement mechanisms”: para. 11. The manner in which the court exercises control over the parties is thus different — and far less invasive — than in an action at first instance.

[49] In most recognition and enforcement proceedings, the only factor that draws a foreign judgment creditor to the province is the potential for assets upon which to ultimately enforce the judgment. Enforcement is limited to the seizable assets

en décider, que le critère avait peut-être des fondements constitutionnels : p. 1109-1110. Dans *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289, la Cour a confirmé que l’arrêt *Morguard* avait créé un principe constitutionnel applicable à la déclaration de compétence. Plus tard, le juge LeBel l’a réaffirmé et précisé dans *Van Breda*, où il a noté que le critère du lien réel et substantiel se présentait sous deux aspects : premièrement, il a l’effet d’un principe constitutionnel et deuxièmement, il constitue une règle de droit international privé (par. 22-24). Pour reprendre les propos du juge LeBel, « en droit constitutionnel canadien, le critère du lien réel et substantiel a affirmé les limites territoriales imposées par la Constitution qui sous-tendent la légitimité nécessaire à l’exercice du pouvoir juridictionnel de l’État »; il a ajouté que le critère « suppose que le lien entre un État et un litige ne peut être tenu ni hypothétique », puisqu’un lien de cette nature « jetterait un doute sur la légitimité de l’exercice, par l’État, de son pouvoir sur les personnes que touche le litige » : par. 32.

[48] La question de la légitimité de l’exercice du pouvoir de l’État ne se pose pas dans les actions en reconnaissance et en exécution de jugements étrangers contre des débiteurs judiciaires. Comme je l’ai expliqué, lorsqu’un tribunal canadien est saisi d’une telle action, le tribunal ne se déclare pas compétent à l’égard des parties de la même façon qu’il le ferait dans une affaire en première instance. Le tribunal d’exécution n’a aucun intérêt à statuer sur les droits initiaux des parties. Le tribunal cherche simplement à prêter son concours à l’exécution d’un jugement rendu par un autre tribunal. Comme la juge Deschamps l’a si bien dit dans *Pro Swing*, « [l]e tribunal d’exécution peut [. . .] prêter son concours au justiciable étranger en lui donnant accès aux mécanismes d’exécution internes » : par. 11. La manière dont le tribunal exerce sa compétence à l’égard des parties est donc différente — et beaucoup moins attentatoire — que dans une action de première instance.

[49] Dans la plupart des demandes de reconnaissance et d’exécution, le seul facteur qui amène le créancier judiciaire dans la province est la présence éventuelle de biens sur lesquels le jugement pourra finalement être exécuté. L’exécution se limite aux

found within the province. No constitutional concern about the legitimacy of this exercise of jurisdiction emerges. I acknowledge that, under provincial legislation, a recognition and enforcement judgment issued in one province may be capable of being “registered” in another province, thus offering some advantage to plaintiffs who have already successfully obtained a recognition and enforcement judgment. Nevertheless, the existence of such legislation does not alter the basic fact that absent some obligation to enforce another forum’s judgments, the judicial system of each province controls access to its jurisdiction’s enforcement mechanisms, whenever a foreign judgment creditor seeks to seize assets within its territory in satisfaction of a foreign judgment debt.

[50] In addition, the obligation created by a foreign judgment is universal; there is no competing claim to jurisdiction with respect to it. If each jurisdiction has an equal interest in the obligation resulting from a foreign judgment, it is hard to see how any concern about territorial overreach could emerge. Simply put, there can be no concern about jurisdictional overreach if no jurisdiction can reach further into the matter than any other. The purposes that underlie recognition and enforcement proceedings simply do not require proof of a real and substantial connection between the dispute and Ontario, whether for constitutional reasons or otherwise.

(b) *The Notion of Comity in Recognition and Enforcement Proceedings*

[51] Beyond this, it must be remembered that the notion of comity has consistently been found to underlie Canadian recognition and enforcement law. In *Morguard*, this Court stated that comity refers to “the deference and respect due by other states to the actions of a state legitimately taken within its territory”, as well as “the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and

biens saisissables qui se trouvent dans la province. Il ne se pose aucune question constitutionnelle quant à la légitimité de cet exercice de la compétence. Je reconnais que, selon la législation provinciale, un jugement en reconnaissance et en exécution rendu dans une province peut être susceptible d’« enregistrement » dans une autre province, ce qui offre un certain avantage aux demandeurs qui ont déjà obtenu un jugement en reconnaissance et en exécution. Néanmoins, l’existence d’une telle législation ne change rien au fait qu’à défaut de quelque obligation d’exécuter les jugements d’un autre tribunal, le système judiciaire de chaque province contrôle l’accès aux mécanismes d’exécution de son ressort chaque fois que le créancier d’un jugement étranger cherche à saisir des biens sur son territoire pour acquitter une dette constatée par un jugement étranger.

[50] En outre, l’obligation créée par le jugement étranger est universelle; elle ne fait l’objet d’aucune revendication concurrente de compétence. Si chaque ressort a un intérêt égal à l’égard de l’obligation qui résulte du jugement étranger, il est difficile de voir comment pourrait se poser un problème d’excès de compétence territoriale. En somme, il ne saurait y avoir de problème d’excès de compétence si aucun ressort ne peut traiter la question de façon plus étendue que ne le ferait un autre ressort. Bref, compte tenu des objectifs qui sous-tendent les demandes de reconnaissance et d’exécution, il n’est tout simplement pas nécessaire de prouver l’existence d’un lien réel et substantiel entre le litige et l’Ontario, que ce soit pour des motifs d’ordre constitutionnel ou pour d’autres motifs.

b) *La notion de courtoisie dans les demandes de reconnaissance et d’exécution*

[51] Au-delà de ces considérations, il faut se rappeler que la notion de courtoisie sous-tend le droit canadien en matière de reconnaissance et d’exécution. Dans l’arrêt *Morguard*, notre Cour a affirmé que la courtoisie renvoie à « la déférence et le respect que des États doivent avoir pour les actes qu’un autre État a légitimement accomplis sur son territoire », ainsi qu’à « la reconnaissance qu’une nation accorde sur son territoire aux actes législatifs, exécutifs ou judiciaires d’une autre nation,

to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws”: pp. 1095-96, quoting with approval the U.S. Supreme Court’s foundational articulation of the concept of comity in *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895), at pp. 163-64; see also *Spencer v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 278, at p. 283, per Estey J., concurring.

[52] The Court’s formulation of the notion of comity in *Morguard* was quoted with approval in *Beals*: para. 20. In *Hunt*, the Court observed that “ideas of ‘comity’ are not an end in themselves, but are grounded in notions of order and fairness to participants in litigation with connections to multiple jurisdictions”: p. 325. In *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022, the Court again referred to the notion of comity, stating that it entails respect for the authority of each state “to make and apply law within its territorial limit”, and that “to accommodate the movement of people, wealth and skills across state lines, a byproduct of modern civilization, [states] will in great measure recognize the determination of legal issues in other states”: p. 1047. In *Pro Swing*, the Court described comity as a “balancing exercise” between “respect for a nation’s acts, international duty, convenience and protection of a nation’s citizens”: para. 27. Finally, in *Van Breda*, LeBel J. emphasized that the goal of modern conflicts systems rests on the principle of comity, which, although a flexible concept, calls for the promotion of order and fairness, an attitude of respect and deference to other states, and a degree of stability and predictability in order to facilitate reciprocity: para. 74. This is true of all areas of private international law, including that of the recognition and enforcement of foreign judgments.

[53] As this review of the Court’s statements on comity shows, the need to acknowledge and show

compte tenu à la fois des obligations et des convenances internationales et des droits de ses propres citoyens ou des autres personnes qui sont sous la protection de ses lois » : p. 1095-1096, citant avec approbation la déclaration de principe de la Cour suprême des États-Unis relative à la notion de courtoisie dans l’arrêt *Hilton c. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895), p. 163-164; voir également *Spencer c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 278, p. 283, motifs concordants du juge Estey.

[52] La formulation de la notion de courtoisie que l’on retrouve dans l’arrêt *Morguard* a été reproduite avec approbation dans l’arrêt *Beals* : par. 20. Dans l’arrêt *Hunt*, notre Cour a fait remarquer que « les idées de “courtoisie” ne sont pas une fin en soi, mais reposent sur des notions d’ordre et d’équité envers les parties à un litige qui a des liens avec plusieurs ressorts » : p. 325. Dans *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, la Cour a encore fait mention de la notion de courtoisie, affirmant qu’elle témoigne du respect du pouvoir de chaque État « pour adopter des lois et les appliquer à l’intérieur de son propre territoire » et que, « afin de faciliter la circulation des personnes, des richesses et des compétences d’un pays à l’autre, fruit de la civilisation moderne, [les États] reconnaîtront dans une large mesure la façon dont les autres États auront tranché des questions juridiques » : p. 1047. Dans *Pro Swing*, la Cour a présenté la notion de courtoisie comme un « exercice de pondération » entre « le respect des actes de l’autre État, les obligations et les convenances internationales et la protection des citoyens du ressort d’exécution » : par. 27. Enfin, dans *Van Breda*, le juge LeBel a souligné que le système moderne de droit international privé repose sur le principe de la courtoisie qui, tout en étant une notion souple, appelle à la promotion de l’ordre et de l’équité, une attitude de respect et de déférence envers les autres États, et un degré de stabilité et de prévisibilité pour faciliter la réciprocité : par. 74. Ce principe s’applique à tous les domaines du droit international privé, y compris celui de la reconnaissance et l’exécution des jugements étrangers.

[53] Comme le montre cet examen des déclarations de notre Cour relatives à la courtoisie, le besoin

respect for the legal acts of other states has consistently remained one of the principle's core components. Comity, in this regard, militates in favour of recognition and enforcement. Legitimate judicial acts should be respected and enforced, not side-tracked or ignored. The concepts of order and fairness in which comity is grounded are not affronted by rejecting Chevron's proposed extension of the real and substantial connection test. This is so for several reasons.

[54] First, in recognition and enforcement proceedings, order and fairness are protected by ensuring that a real and substantial connection existed between the foreign court and the underlying dispute. If such a connection did not exist, or if the defendant was not present in or did not attorn to the foreign jurisdiction, the resulting judgment will not be recognized and enforced in Canada. The judgment debtor is free to make this argument in the recognition and enforcement proceedings, and indeed will have already had the opportunity to contest the jurisdiction of the foreign court in the foreign proceedings. Here, for instance, it is accepted that Chevron attorned to the jurisdiction of the Ecuadorian courts. As Walker writes, "[t]he jurisdictional requirements of order and fairness considered in the context of *direct* jurisdiction operate to promote the international acceptance of the adjudication of a matter by a Canadian court": p. 14-1 (emphasis in original). There is no similar requirement of international acceptance in the context of the recognition and enforcement of a foreign judgment.

[55] Second, no unfairness results to judgment debtors from having to defend against recognition and enforcement proceedings. In essence, through their own behaviour and legal noncompliance, the debtors have made themselves the subject of outstanding obligations. It is for this reason that they may be called upon to answer for their debts in various jurisdictions. Of course, the principles of order and fairness are also protected by providing

de reconnaître et respecter les mesures juridiques prises par d'autres États est invariablement demeuré un des éléments au cœur de ce principe. À cet égard, la courtoisie milite en faveur de la reconnaissance et de l'exécution. Il convient de respecter et d'exécuter les actes judiciaires légitimes et non pas de les écarter ou d'en faire abstraction. On ne contrevient pas aux principes d'ordre et d'équité sur lesquels se fonde la courtoisie en rejetant l'idée de Chevron d'étendre comme elle le suggère l'application du critère du lien réel et substantiel, et ce pour plusieurs raisons.

[54] Premièrement, dans une demande de reconnaissance et d'exécution, la protection de l'ordre et de l'équité est déjà assurée par l'existence d'un lien réel et substantiel entre le tribunal étranger et le litige sous-jacent. Faute d'un tel lien, ou si le défendeur ne se trouvait pas dans le ressort étranger ou n'a pas acquiescé à la compétence de ses tribunaux, le jugement rendu ne sera pas reconnu et exécuté au Canada. Il est tout à fait loisible au débiteur judiciaire de faire valoir cet argument dans le cadre de la demande de reconnaissance et d'exécution; du reste, il aura généralement déjà eu la possibilité de contester la compétence du tribunal étranger dans l'instance étrangère. En l'espèce, par exemple, nul ne conteste que Chevron ait acquiescé à la compétence des tribunaux équatoriens. Comme l'écrit Walker, [TRADUCTION] « [I]es exigences d'ordre et d'équité en matière de compétence, considérées dans le contexte de la compétence *directe*, s'appliquent pour promouvoir l'acceptation internationale du fait qu'un tribunal canadien tranche une affaire » : p. 14-1 (en italique dans l'original). Une telle exigence d'acceptation internationale n'existe pas dans le contexte de la reconnaissance et de l'exécution d'un jugement étranger.

[55] Deuxièmement, il n'y a rien d'injuste à ce qu'un débiteur judiciaire doive opposer une défense à une demande de reconnaissance et d'exécution. De fait, par son propre comportement et le non-respect d'un jugement, le débiteur s'est lui-même rendu redevable d'une obligation en souffrance. Voilà pourquoi il peut être appelé par divers ressorts à acquitter sa dette. Bien entendu, les principes d'ordre et d'équité sont également protégés

a foreign judgment debtor with the opportunity to convince the enforcing court that there is another reason why recognition and enforcement should not be granted: see *Beals*, at paras. 39 *et seq.*

[56] Third, contrary to Chevron's argument, a requirement that the defendant have a real and substantial connection with the enforcing court in the sense of being present or having assets in the province would only undermine order and fairness. In recognition and enforcement proceedings, besides an unlikely attornment by the defendant, the only way a real and substantial connection with the enforcing forum could be achieved, in the end, is through presence or assets in the jurisdiction. However, presence will frequently be absent given the very nature of the proceeding at issue. Indeed, rule 17.02(m) is implicitly based on an expectation that the defendant in a claim on a judgment of a court outside Ontario will not be present in the province. Requiring assets to be present in the jurisdiction when recognition and enforcement proceedings are instituted is also not conducive to order or fairness. For one thing, assets such as receivables or bank deposits may be in one jurisdiction one day, and in another the next. If jurisdiction over recognition and enforcement proceedings were dependent upon the presence of assets at the time of the proceedings, this may ultimately prove to only benefit those debtors whose goal is to escape rather than answer for their liabilities, while risking depriving creditors of access to funds that might eventually enter the jurisdiction.

[57] In today's globalized world and electronic age, to require that a judgment creditor wait until the foreign debtor is present or has assets in the province before a court can find that it has jurisdiction in recognition and enforcement proceedings would be to turn a blind eye to current economic reality. The motion judge rightly opined as follows on this subject:

en donnant au débiteur en vertu du jugement étranger l'occasion de convaincre le tribunal d'exécution qu'il existe une autre raison de ne pas faire droit à la demande de reconnaissance et d'exécution : voir *Beals*, par. 39 et suiv.

[56] Troisièmement, contrairement à ce que prétend Chevron, l'exigence d'un lien réel et substantiel entre le défendeur et le tribunal d'exécution par la présence du défendeur ou de ses biens dans la province ne ferait que miner l'ordre et l'équité. Dans une demande de reconnaissance et d'exécution, hormis le cas improbable d'un acquiescement du défendeur à la compétence, la seule manière, en définitive, d'établir l'existence d'un lien réel et substantiel avec le ressort d'exécution se limite à la présence du défendeur ou de biens dans le ressort. Or, le défendeur y est souvent absent vu la nature même de la demande en cause. C'est d'ailleurs ce que présume l'al. 17.02m) des Règles : cette disposition repose implicitement sur l'hypothèse que le défendeur dans une demande d'exécution d'un jugement rendu par un tribunal en dehors de l'Ontario ne sera pas présent dans la province. Exiger la présence de biens dans le ressort lorsqu'est introduite la demande de reconnaissance et d'exécution ne contribue guère non plus à l'ordre ou à l'équité. Tout d'abord, des biens comme des créances ou des dépôts bancaires peuvent se trouver dans un ressort un jour, puis se retrouver dans un autre le lendemain. Si la compétence à l'égard d'une demande de reconnaissance et d'exécution dépendait de la présence de biens au moment de l'introduction de l'instance, il se pourrait qu'une telle condition ne profite en fin de compte qu'aux débiteurs qui veulent se dérober à leurs responsabilités plutôt que les assumer, risquant ainsi de priver les créanciers de fonds qui pourraient éventuellement se trouver dans le ressort.

[57] À l'ère de la mondialisation et des échanges électroniques, obliger un créancier judiciaire à attendre que le débiteur étranger ou ses biens se trouvent dans la province avant qu'un tribunal reconnaisse sa compétence dans une demande de reconnaissance et d'exécution reviendrait à faire abstraction de la réalité économique actuelle. Le juge de première instance a eu raison d'écrire ce qui suit à ce sujet :

In an age of electronic international banking, funds once in the hands of a judgment debtor can quickly leave a jurisdiction. While it is highly unlikely that a judgment debtor would move assets into a jurisdiction in the face of a pending recognition action, in some circumstances judgment debtors may not control the timing or location of the receipt of an asset due to them; control may rest in the hands of a third party as a result of contract or otherwise. Where a judgment creditor under a foreign judgment learns that its judgment debtor may come into possession of an asset in the foreseeable future, it might want the recognition of its foreign judgment in advance of that event so that it could invoke some of the enforcement mechanisms of the receiving jurisdiction, such as garnishment. To insist that the judgment creditor under a foreign judgment await the arrival of the judgment debtor's asset in the jurisdiction before seeking recognition and enforcement could well prejudice the ability of the judgment creditor to recover on its judgment. Given the wide variety of circumstances – including timing – in which a judgment debtor might come into possession of an asset, I do not think it prudent to lay down a hard and fast rule that assets of the judgment debtor must exist in the receiving jurisdiction as a pre-condition to the receiving jurisdiction entertaining a recognition and enforcement action. [para. 81]

I note that in one Ontario lower court decision, albeit in the context of *forum non conveniens*, the existence of assets has been held to be irrelevant to the jurisdictional inquiry: see *BNP Paribas (Canada) v. Mécs* (2002), 60 O.R. (3d) 205 (S.C.J.).

[58] In this regard, I find persuasive value in the fact that other common law jurisdictions — presumably equally concerned about order and fairness as our own — have also found that the presence of assets in the enforcing jurisdiction is not a prerequisite to the recognition and enforcement of a foreign judgment.

[59] In *Tasarruf Mevduati Sigorta Fonu v. Demirel*, [2007] EWCA Civ 799, [2007] 1 W.L.R. 2508, for example, the England and Wales Court of Appeal

[TRADUCTION] À une époque où les opérations bancaires se font par voie électronique à l'échelle internationale, les fonds en la possession d'un débiteur judiciaire peuvent rapidement quitter un ressort. Bien qu'il soit hautement improbable qu'un tel débiteur fasse entrer des biens dans un ressort alors même qu'une action en reconnaissance est pendante, il se peut que dans certaines situations, le débiteur n'ait aucune emprise sur le moment ou le lieu de la réception d'un bien qui lui est dû; il se peut que le contrôle appartienne à un tiers, par contrat ou autrement. Lorsque le créancier en vertu d'un jugement étranger apprend que son débiteur judiciaire est susceptible d'entrer en possession d'un bien dans un avenir prévisible, il voudra peut-être obtenir la reconnaissance de son jugement étranger à l'avance pour qu'il puisse faire valoir les mécanismes d'exécution du ressort dans lequel les biens seront reçus, par exemple une saisie-arrêt. S'il fallait exiger que le créancier en vertu d'un jugement étranger attende l'arrivée du bien du débiteur judiciaire dans le ressort avant de demander la reconnaissance et l'exécution, la possibilité qu'a ce créancier de recouvrer sa créance judiciaire pourrait très bien être compromise. Compte tenu de la vaste gamme de circonstances – y compris la chronologie – dans lesquelles un débiteur judiciaire peut entrer en possession d'un bien, j'estime qu'il serait imprudent de fixer une règle absolue exigeant la présence de biens de ce débiteur dans le ressort d'exécution comme condition préalable à ce que le tribunal de ce ressort connaisse d'une action en reconnaissance et en exécution. [par. 81]

Je souligne que dans un jugement rendu par une juridiction inférieure en Ontario, quoique dans un contexte de *forum non conveniens*, l'existence de biens a été jugée non pertinente dans l'examen de la compétence : voir *BNP Paribas (Canada) c. Mécs* (2002), 60 O.R. (3d) 205 (C.S.J.).

[58] À cet égard, j'accorde une valeur persuasive au fait que les tribunaux d'autres ressorts de common law — vraisemblablement aussi soucieux que les nôtres d'assurer l'ordre et l'équité — ont conclu eux aussi que la présence de biens dans le ressort d'exécution n'était pas une condition préalable à la reconnaissance et à l'exécution d'un jugement étranger.

[59] Dans *Tasarruf Mevduati Sigorta Fonu c. Demirel*, [2007] EWCA Civ 799, [2007] 1 W.L.R. 2508, par exemple, la Cour d'appel d'Angleterre et

(Civil Division) held that “a claimant seeking to enforce a foreign judgment by action does not have to show that there are assets in the jurisdiction. To require him to do so would be tantamount to construing the rule as if it were limited in that way”: para. 29. The court also held that to be granted permission to serve *ex juris* (permission that is needed under the applicable English procedural rules), the claimant is required to show “that he has a good arguable case in the action, that is that he has a good arguable case that judgment should be given based upon the foreign judgment”: *ibid.* The court continued, holding that the claimant must “ordinarily show further that he can reasonably expect a benefit from such a judgment”: *ibid.* However, on the facts of the case, it held that service *ex juris* should be permitted where the defendant did not possess assets in England at the time, but had a “reasonable possibility” of having assets in London “one of these days”: para. 40.

[60] The High Court of Ireland followed a similar approach in *Yukos Capital S.A.R.L. v. OAO Tomskneft VNK*, [2014] IEHC 115, in an arbitration context, holding that “the presence of assets within the jurisdiction is not a pre-requisite for the granting of leave to serve out of the jurisdiction on an application to enforce a Convention Award”: para. 112 (BAILII). Although the court quoted with approval the passages from *Tasarruf* to the effect that the applicant must demonstrate that some potential benefit would accrue should the recognition and enforcement action succeed, it nevertheless accepted, with no hesitation, that “the seeking of recognition and enforcement of an award in a country where the losing party may have no assets in order to obtain the imprimatur of a respected court upon the award is acceptable”: para. 128.

[61] The U.S. courts appear to be divided on the prerequisites to recognition and enforcement: see R. A. Brand, “Federal Judicial Center International Litigation Guide: Recognition and Enforcement of Foreign Judgments” (2013), 74 *U. Pitt. L. Rev.* 491. Some, as exemplified by the decision in *Lenchyshyn*

du Pays de Galles (section civile) a statué qu’un [TRADUCTION] « demandeur qui veut faire exécuter un jugement étranger par voie d’action n’a pas à démontrer l’existence de biens dans le ressort. L’obliger à le faire équivaldrait à interpréter la règle comme si elle était limitée de cette façon » : par. 29. La cour a également statué que pour obtenir une autorisation de signification *ex juris* (nécessaire en vertu des règles de procédure anglaises), le demandeur devait démontrer « que sa cause d’action est valable, c’est-à-dire qu’il peut à bon droit faire valoir qu’un jugement fondé sur le jugement étranger peut être rendu en sa faveur » : *ibid.* La cour a ajouté que le demandeur doit « normalement démontrer en outre qu’il peut raisonnablement s’attendre à tirer avantage d’un tel jugement » : *ibid.* Toutefois, eu égard aux faits de l’affaire, la cour a statué qu’il fallait permettre la signification *ex juris* dans un cas où le défendeur ne possédait pas de biens en Angleterre à l’époque, mais où il existait « une possibilité raisonnable » qu’il possède des biens à Londres « un jour » : par. 40.

[60] Dans *Yukos Capital S.A.R.L. c. OAO Tomskneft VNK*, [2014] IEHC 115, la Haute Cour d’Irlande a suivi un raisonnement similaire dans une affaire d’arbitrage, statuant que [TRADUCTION] « la présence de biens dans le ressort n’est pas une condition préalable à l’autorisation de faire la signification à l’extérieur du ressort dans une demande d’exécution d’une sentence rendue en application de la Convention » : par. 112 (BAILII). Bien que la Cour ait cité avec approbation les passages de l’arrêt *Tasarruf* où il est dit que le demandeur doit démontrer l’avantage éventuel qu’il tirerait si l’action en reconnaissance et en exécution était accueillie, elle a néanmoins reconnu sans hésitation qu’« il est acceptable de demander la reconnaissance et l’exécution d’une sentence dans un pays où la partie débitrice peut ne pas avoir de biens afin d’obtenir l’homologation de la sentence par une cour de justice reconnue » : par. 128.

[61] Les tribunaux américains paraissent divisés sur les conditions préalables à la reconnaissance et à l’exécution : voir R. A. Brand, « Federal Judicial Center International Litigation Guide : Recognition and Enforcement of Foreign Judgments » (2013), 74 *U. Pitt. L. Rev.* 491. Certains d’entre eux,

v. Pelko Electric, Inc., 723 N.Y.S.2d 285 (App. Div. 2001), take a broad approach. In *Lenchyshyn*, the Supreme Court of New York, Appellate Division, held that personal jurisdiction need not be established over judgment debtors for recognition and enforcement to proceed. In the court's view, "[r]equiring that the judgment debtor have a 'presence' in or some other jurisdictional nexus to the state of enforcement would unduly protect a judgment debtor and enable him easily to escape his just obligations under a foreign country money judgment" (p. 292); moreover, no constitutional obligation exists to satisfy such a requirement (p. 289). The court concluded that "even if defendants do not presently have assets in New York, plaintiffs nevertheless should be granted recognition of the foreign country money judgment . . . and thereby should have the opportunity to pursue all such enforcement steps *in futuro*, whenever it might appear that defendants are maintaining assets in New York": p. 291. The same court recently reiterated the *Lenchyshyn* approach in *Abu Dhabi Commercial Bank PJSC v. Saad Trading, Contracting and Financial Services Co.*, 986 N.Y.S.2d 454 (App. Div. 2014). Other state and district courts have also adopted its reasoning: *Haaksman v. Diamond Offshore (Bermuda), Ltd.*, 260 S.W.3d 476 (Tex. App. 2008); *Pure Fishing, Inc. v. Silver Star Co.*, 202 F.Supp.2d 905 (N.D. Iowa 2002).

[62] As the motion judge below correctly pointed out, some U.S. courts have taken a different approach. For instance, the Michigan Court of Appeals stated the following in *Electrolines, Inc. v. Prudential Assurance Co.*, 677 N.W.2d 874 (2004):

We hold that where plaintiff failed to identify any property owned by defendants in Michigan, the trial court erred in holding that it was unnecessary for plaintiff to demonstrate that the Michigan court had personal jurisdiction over defendants in this common-law enforcement action.

comme dans l'arrêt *Lenchyshyn c. Pelko Electric, Inc.*, 723 N.Y.S.2d 285 (App. Div. 2001), adoptent une approche libérale. Dans *Lenchyshyn*, la division d'appel de la Cour suprême de l'État de New York a statué qu'il n'était pas nécessaire d'établir la compétence personnelle à l'égard des débiteurs judiciaires pour que la demande de reconnaissance et d'exécution suive son cours. Pour reprendre les propos de la cour, [TRADUCTION] « [e]xiger qu'un débiteur judiciaire ait une "présence" dans l'État d'exécution ou qu'il ait un quelconque autre lien juridictionnel avec cet État protégerait indûment le débiteur du jugement et lui permettrait facilement de se soustraire à ses obligations légitimes constatées par un jugement pécuniaire étranger » (p. 292); qui plus est, il n'existe aucune obligation constitutionnelle de poser une telle exigence (p. 289). La cour a conclu que « même si les défendeurs n'ont pas actuellement de biens dans l'État de New York, il convient néanmoins d'accorder aux demandeurs la reconnaissance du jugement pécuniaire étranger [. . .] et ces derniers doivent par conséquent avoir la possibilité de prendre toutes ces mesures d'exécution à l'avenir, à chaque fois où il pourrait sembler que les défendeurs conservent des biens dans l'État de New York » : p. 291. La même cour a repris l'approche suivie dans *Lenchyshyn* dans *Abu Dhabi Commercial Bank PJSC c. Saad Trading, Contracting and Financial Services Co.*, 986 N.Y.S.2d 454 (App. Div. 2014). D'autres tribunaux d'États et de districts ont également adopté son raisonnement : *Haaksman c. Diamond Offshore (Bermuda), Ltd.*, 260 S.W.3d 476 (Tex. App. 2008); *Pure Fishing, Inc. c. Silver Star Co.*, 202 F.Supp.2d 905 (N.D. Iowa 2002).

[62] Comme le premier juge l'a souligné à juste titre, certains tribunaux américains ont suivi une autre approche. Par exemple, dans l'arrêt *Electrolines, Inc. c. Prudential Assurance Co.*, 677 N.W.2d 874 (2004), la Cour d'appel du Michigan a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] Nous statuons que lorsque le demandeur n'a pas identifié de biens au Michigan appartenant aux défendeurs, le tribunal de première instance a eu tort de conclure qu'il n'était pas nécessaire que le demandeur démontre que le tribunal du Michigan avait compétence personnelle à l'égard des défendeurs dans cette action en exécution en common law.

We have not found any authorities indicating that the foundational requirement of demonstrating a trial court’s jurisdiction over a person or property is inapplicable in enforcement proceedings. [pp. 880 and 884]

Other U.S. courts have adopted an even more extreme position, holding that “attachment of assets of the judgment debtor within the state is not sufficient to provide jurisdiction, and that personal jurisdiction over the judgment debtor is necessary”: *Brand*, at p. 506, citing *Base Metal Trading, Ltd. v. OJSC “Novokuznetsky Aluminum Factory”*, 283 F.3d 208 (4th Cir. 2002), cert. denied, 537 U.S. 822 (2002).

[63] As this review of the case law indicates, many courts in common law jurisdictions have been hesitant to make the presence of assets a prerequisite to jurisdiction in recognition and enforcement proceedings. While it is true that some have nonetheless seen fit to limit the existence of jurisdiction in other ways (notably, by requiring that judgment creditors prove that a benefit will result from successful recognition and enforcement proceedings), they have done so in the context of different procedural rules and distinct constitutional considerations.

[64] Turning to the works of Canadian conflict of laws scholars, most support the view that requiring a real and substantial connection through the defendant being present or having assets in the province is not necessary for the purposes of a recognition and enforcement action. Walker, for instance, writes:

The security of crossborder transactions rests on the confidence that the law will enable the prompt and effective determination of the effect of judgments from other legal systems. For this reason, there are no separate or additional jurisdictional requirements, such as the residence of the defendant or the presence of the defendant’s assets in the jurisdiction, for a court to determine

Nous n’avons trouvé aucune source indiquant que l’exigence de principe selon laquelle il faut démontrer la compétence du tribunal de première instance à l’égard d’une personne ou d’un bien est inapplicable aux demandes d’exécution. [p. 880 et 884]

D’autres tribunaux des États-Unis ont préconisé une approche encore plus extrême, statuant que [TRADUCTION] « la saisie de biens du débiteur judiciaire à l’intérieur de l’État ne suffit pas à conférer la compétence : il faut une compétence personnelle à l’égard du débiteur judiciaire » : *Brand*, p. 506, citant *Base Metal Trading, Ltd. c. OJSC “Novokuznetsky Aluminum Factory”*, 283 F.3d 208 (4th Cir. 2002), cert. refusé, 537 U.S. 822 (2002).

[63] Il ressort de cet examen de la jurisprudence que les tribunaux de plusieurs ressorts de common law hésitent à faire de la présence de biens une condition préalable à la compétence dans les demandes de reconnaissance et d’exécution. Même s’il est vrai que certains de ces tribunaux ont néanmoins jugé bon de limiter l’existence de la compétence d’autres façons (notamment en exigeant que le créancier judiciaire prouve qu’il tirera un avantage quelconque si la demande de reconnaissance et d’exécution est accueillie), ils l’ont fait dans le contexte de règles de procédure différentes et de considérations constitutionnelles distinctes de celles qui prévalent ici.

[64] Cela dit, une étude des ouvrages canadiens de doctrine en droit international privé montre que la plupart des auteurs estiment qu’il n’est pas nécessaire d’exiger, dans le contexte des actions en reconnaissance et en exécution, l’existence d’un lien réel et substantiel par la présence du défendeur ou de ses biens dans la province. Ainsi, Walker écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] La sécurité des opérations transfrontalières repose sur la confiance que l’on a que le droit permettra de déterminer rapidement et efficacement l’effet des jugements provenant d’autres systèmes juridiques. Pour cette raison, il n’existe aucune autre exigence distincte ou additionnelle en matière de compétence, par exemple la résidence du défendeur ou la présence de

whether a foreign judgment may be recognized or enforced. [Emphasis added; p. 14-1.]

[65] Perell and Morden express a similar view:

Subject to the defences, a Canadian court will enforce a foreign judgment if the foreign court or foreign jurisdiction had a “real and substantial connection” to the dispute. However, it is not necessary for the plaintiffs to establish that Ontario has a real and substantial connection with the litigation; it is sufficient to show that the foreign court that gave the judgment had a real and substantial connection with the matter. [Footnotes omitted; ¶11.181.]

[66] Pitel and Rafferty take a somewhat different position in the following passage:

Because an action on the foreign judgment is a new legal proceeding, issues of jurisdiction . . . must be considered at the outset. If the defendant is resident in the country in which recognition and enforcement is sought, it will be easy to establish jurisdiction. But in many cases the defendant will not be resident there: he or she will only have assets there, which the plaintiff is going after to enforce the judgment. Typically the presence of assets in a province is an insufficient basis for taking jurisdiction over a foreign defendant. But most provinces have made specific provision to allow for service *ex juris* in such cases. For example, in Ontario service outside the province can be made as of right where the claim is “on a judgment of a court outside Ontario.” . . . [T]he plaintiff would still need to show a real and substantial connection to the province in which enforcement was sought. Under this test, the presence of assets may be insufficient to ground substantive proceedings but they should virtually always be sufficient to ground proceedings for recognition and enforcement. [Footnote omitted; pp. 159-60.]

[67] This statement, however, has been criticized by at least one lower court judge who “decline[d] to follow that theory for the following reasons: (1) they cite no authority for the theory that they advance (neither case law nor academic commentary); and (2) the preponderance of precedent is to the contrary”: *CSA8-Garden Village LLC v. Dewar*, 2013

biens du défendeur dans le ressort, pour que le tribunal détermine s’il y a lieu de reconnaître ou d’exécuter un jugement étranger. [Je souligne; p. 14-1.]

[65] Perell et Morden expriment une opinion analogue :

[TRADUCTION] Sous réserve des moyens de défense, un tribunal canadien exécutera un jugement étranger si le tribunal ou le ressort étranger avait un « lien réel et substantiel » avec le différend. Toutefois, le demandeur n’a pas à établir que l’Ontario a un lien réel ou substantiel avec le litige; il suffit de démontrer que le tribunal étranger qui a rendu le jugement avait un lien réel et substantiel avec l’affaire. [Notes en bas de page omises; ¶11.181.]

[66] Pitel et Rafferty présentent un point de vue quelque peu différent dans le passage suivant :

[TRADUCTION] Parce qu’une action fondée sur le jugement étranger constitue une nouvelle procédure judiciaire, des questions de compétence [. . .] doivent être examinées d’entrée de jeu. Si le défendeur est résident du pays dans lequel la reconnaissance et l’exécution sont demandées, il sera facile d’établir la compétence. Cependant, dans bien des cas, le défendeur ne sera pas résident de ce pays : il n’y possédera que des biens que le demandeur tente de trouver pour exécuter le jugement. Généralement, la présence de biens dans une province ne suffit pas pour établir la compétence à l’égard d’un défendeur étranger. Toutefois, la plupart des provinces ont adopté des dispositions particulières qui permettent la signification *ex juris* dans ces cas. Par exemple, en Ontario, la signification peut valablement être faite en dehors de la province lorsque la demande se fonde « sur un jugement d’un tribunal en dehors de l’Ontario ». [. . .] [I]l faudrait néanmoins que le demandeur démontre un lien réel et substantiel avec la province dans laquelle l’exécution est demandée. Suivant ce critère, la présence de biens peut être insuffisante pour justifier une instance sur le fond, mais elle devrait pratiquement toujours être suffisante pour justifier une demande de reconnaissance et d’exécution. [Note en bas de page omise; p. 159-160.]

[67] Toutefois, cette affirmation a été critiquée par au moins un juge d’une juridiction inférieure qui [TRADUCTION] « n’a pas souscrit à cette théorie pour les motifs suivants : (1) les auteurs ne citent aucune source au soutien de la théorie qu’ils exposent (que ce soit de la jurisprudence ou de la doctrine); (2) le courant jurisprudentiel prépondérant indique le

ONSC 6229, 369 D.L.R. (4th) 125, at para. 43. I am inclined to agree with this criticism. Pitel and Rafferty's statement does not accord with the principles discussed above that underlie actions for the recognition and enforcement of foreign judgments.

[68] In my view, there is nothing improper in allowing foreign judgment creditors to choose where they wish to enforce their judgments and to assess where, in all likelihood, their debtors' assets could be found or may end up being located one day. In this regard, it is the existence of clear, liberal and simple rules for the recognition and enforcement of foreign judgments that facilitates the flow of wealth, skills and people across borders in a fair and orderly manner: Walker, at p. 14-1. Requiring a real and substantial connection through the presence of assets in the enforcing jurisdiction would serve only to hinder these considerations, which are important for commercial dealings in an increasingly globalized economy. It is true that the absence of assets upon which to enforce a foreign judgment may, in some situations, have an impact on the legitimate use of the judicial resources of an enforcing court, and in turn on the court's exercise of its discretionary power to stay the proceeding. The absence of assets may also influence the appropriateness of the choice of a given forum for the enforcement proceedings. These issues do not relate, however, to the existence of jurisdiction, but to its exercise; as this Court emphasized in *Van Breda*, "a clear distinction must be drawn between the existence and the exercise of jurisdiction": para. 101.

[69] Facilitating comity and reciprocity, two of the backbones of private international law, calls for assistance, not barriers. Neither this Court's jurisprudence nor the principles underlying recognition and enforcement actions requires imposing additional jurisdictional restrictions on the determination of whether a foreign judgment is binding and enforceable in Ontario. The principle of comity does not require that Chevron's submissions be

contraire » : *CSA8-Garden Village LLC c. Dewar*, 2013 ONSC 6229, 369 D.L.R. (4th) 125, par. 43. Je suis enclin à partager cette critique. L'affirmation de Pitel et Rafferty n'est pas conforme aux principes examinés ci-dessus qui sous-tendent les actions en reconnaissance et en exécution des jugements étrangers.

[68] À mon avis, il n'y a rien d'inapproprié à permettre au créancier en vertu d'un jugement étranger de choisir l'endroit où il veut faire exécuter son jugement, et de déterminer où, en toute vraisemblance, les biens de son débiteur peuvent se trouver ou sont susceptibles de se retrouver un jour. Sous ce rapport, c'est l'existence de règles claires, libérales et simples de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers qui facilite la circulation transfrontalière de la richesse, des compétences et des gens de manière équitable et ordonnée : Walker, p. 14-1. Exiger l'existence d'un lien réel et substantiel par la présence de biens dans le ressort d'exécution ne servirait qu'à faire obstacle à ces considérations importantes pour les échanges commerciaux dans une économie de plus en plus mondialisée. Il est vrai que l'absence de biens permettant d'exécuter un jugement étranger peut, dans certaines situations, avoir une incidence sur l'usage légitime des ressources judiciaires du tribunal d'exécution et, ainsi, sur l'exercice par le tribunal de son pouvoir discrétionnaire de surseoir à l'instance. L'absence de biens peut également avoir une incidence sur le caractère opportun du choix d'un tribunal donné qui sera saisi de la demande d'exécution. Cependant, ces questions n'ont pas trait à l'existence de la compétence, mais bien à son exercice; dans *Van Breda*, la Cour a souligné « la nécessité de conserver une nette distinction entre l'existence et l'exercice de la compétence » : par. 101.

[69] La facilitation de la courtoisie et de la réciprocité, deux des pivots du droit international privé, appelle à prêter assistance et non à dresser des obstacles. Ni la jurisprudence de notre Cour ni les principes sous-jacents aux actions en reconnaissance et en exécution ne prescrivent l'imposition de restrictions juridictionnelles additionnelles pour conclure qu'un jugement étranger a force exécutoire en Ontario. Le principe de courtoisie ne nous oblige pas

adopted. On the contrary, an unambiguous statement by this Court that a real and substantial connection is not necessary will have the benefit of providing a “fixed, clear and predictable” rule, which some say is necessary in this area: T. J. Monestier, “A ‘Real and Substantial’ Mess: The Law of Jurisdiction in Canada” (2007), 33 *Queen’s L.J.* 179, at p. 192. Such a rule will clearly be consistent with the dictates of order and fairness; it will also allow parties “to predict with reasonable confidence whether a court will assume jurisdiction in a case with an international or interprovincial aspect”, as LeBel J. in *Van Breda* insisted they should be able to do: para. 73. Moreover, a clear rule will help to avert needless and wasteful jurisdictional inquiries that merely thwart the proceedings from their eventual resumption. As some have noted, our courts “should exercise care in interpreting rules and developing legal principles so as not to encourage unnecessary motions”, since “[i]n many cases, the defendant’s challenge to service *ex juris* is just another dilatory tactic that provincial rules of civil procedure have sought to avoid”: G. D. Watson and F. Au, “Constitutional Limits on Service Ex Juris: Unanswered Questions from *Morguard*” (2000), 23 *Advocates’ Q.* 167, at p. 205. To accept Chevron’s submissions would be to ignore this wise counsel.

(4) Relevant Legislation

[70] Finally, the choices made by the Ontario legislature provide an additional useful perspective, one that reinforces the validity of the approach favoured by this Court’s jurisprudence and the principles discussed above. Two points are of note. First, the Rules do not require that the court probe the relationship between the dispute and the province, whether by inquiring into the existence of assets or otherwise. Rule 17.02 establishes the bases upon which a party can serve an adversary with an originating process or notice of a reference outside Ontario without needing to seek leave of the court

à adopter les arguments de Chevron. Au contraire, une affirmation non équivoque par notre Cour selon laquelle l’existence d’un lien réel et substantiel n’est pas nécessaire aura l’avantage de fournir une règle [TRADUCTION] « fixe, claire et prévisible », que certains auteurs disent nécessaire dans ce domaine : T. J. Monestier, « A “Real and Substantial” Mess : The Law of Jurisdiction in Canada » (2007), 33 *Queen’s L.J.* 179, p. 192. Une telle règle sera manifestement conforme aux principes d’ordre et d’équité; elle permettra aussi aux parties de « prédire avec une certitude raisonnable si un tribunal saisi d’une situation qui présente un aspect international ou interprovincial se déclarera ou non compétent », répondant ainsi à cette autre considération d’importance que le juge LeBel a énoncée dans l’arrêt *Van Breda* : par. 73. Qui plus est, une règle claire aidera à éviter des examens de la compétence inutiles et coûteux qui ne font qu’empêcher l’instance de suivre son cours. Comme certains auteurs l’ont noté, nos tribunaux [TRADUCTION] « devraient prendre soin d’interpréter les règles et d’élaborer des principes de droit de manière à ne pas encourager des requêtes inutiles », puisque « [d]ans bien des cas, la contestation de la signification *ex juris* par le défendeur n’est qu’une autre tactique dilatoire que les règles provinciales de procédure civile visaient à éviter » : G. D. Watson et F. Au, « Constitutional Limits on Service Ex Juris : Unanswered Questions from *Morguard* » (2000), 23 *Advocates’ Q.* 167, p. 205. Accepter les arguments de Chevron reviendrait à faire fi de ce sage conseil.

(4) Dispositions législatives pertinentes

[70] Enfin, les choix du législateur ontarien fournissent une perspective supplémentaire utile qui renforce la validité de l’approche privilégiée dans la jurisprudence de notre Cour et les principes examinés ci-dessus. Deux points méritent d’être soulignés. Premièrement, les Règles n’obligent pas le tribunal à examiner le rapport entre le différend et la province, que ce soit en se demandant s’il se trouve des biens dans la province ou d’une autre façon. La règle 17.02 énonce les fondements sur lesquels une partie peut signifier à un adversaire en dehors de l’Ontario un acte introductif d’instance ou un avis

to do so. Rule 17.02(m) provides that one basis for service exists where the claim is “on a judgment of a court outside Ontario”, which, naturally, contemplates recognition and enforcement proceedings. While the Rules do not in and of themselves confer jurisdiction (see *Perell and Morden*, at ¶2.306), they nevertheless “represent an expression of wisdom and experience drawn from the life of the law” (*Van Breda*, at para. 83) and offer useful guidance with respect to the intentions of the Ontario legislators. That the legislators have not seen fit to craft specific jurisdictional rules respecting foreign judgments is indicative of their intention to have the Rules alone govern, and therefore to maintain the existence of broad jurisdictional bases in actions for recognition and enforcement.

[71] Second, analogous provisions found in other Ontario statutes do not impose an obligation on the plaintiff to establish that the defendant has assets in the province or some other conceivable connection with the forum. For example, the Ontario *International Commercial Arbitration Act*, which permits registration of foreign arbitral awards, does not require that the debtor be present or have assets in Ontario. Article 35(1) of the Schedule to that Act provides that “[a]n arbitral award . . . shall be recognized as binding and, upon application in writing to the competent court, shall be enforced subject to the provisions of this article and of article 36.” Article 36(1) lists various grounds for refusing recognition or enforcement of such awards. None of those grounds is based upon the absence of a real and substantial connection between either the underlying dispute or the defendant and Ontario, or upon an absence of assets. Similarly, the *Reciprocal Enforcement of Judgments (U.K.) Act*, which facilitates the recognition and enforcement of judgments from the United Kingdom, does not permit a debtor to escape enforcement by demonstrating that no real and substantial connection exists between the debtor or the dispute and the forum. Finally, the *Reciprocal Enforcement of Judgments Act*, R.S.O. 1990, c. R.5, which supplies an expedited mechanism for registering and enforcing the judgments of

de renvoi, sans avoir à demander l’autorisation du tribunal. L’alinéa 17.02m) prévoit que la signification peut être ainsi faite lorsque la demande « se fonde sur un jugement d’un tribunal en dehors de l’Ontario », ce qui, naturellement, inclut une demande de reconnaissance et d’exécution. Bien que les Règles ne soient pas elles-mêmes attributives de compétence (voir *Perell et Morden*, ¶2.306), elles « expriment toutefois la sagesse et l’expérience de la vie juridique » (*Van Breda*, par. 83) et nous fournissent un éclairage utile quant aux intentions du législateur ontarien. Le fait que ce législateur n’ait pas jugé bon d’élaborer des règles de compétence spécifiques relatives aux jugements étrangers est une indication de son intention de faire en sorte que les Règles soient les seules mesures applicables et, ainsi, de maintenir l’existence de fondements juridictionnels étendus dans les actions en reconnaissance et en exécution.

[71] Deuxièmement, des dispositions analogues que l’on trouve dans d’autres textes législatifs ontariens n’obligent pas le demandeur à établir que le défendeur possède des biens en Ontario ou qu’il conserve un quelconque autre lien avec le ressort. Ainsi, la *Loi sur l’arbitrage commercial international* de l’Ontario, qui permet l’enregistrement de sentences arbitrales étrangères, n’exige pas que le débiteur soit présent en Ontario ou qu’il y possède des biens. Selon le par. 35(1) de l’annexe de cette loi : « La sentence arbitrale [. . .] est reconnue comme ayant force obligatoire et, sur requête adressée par écrit au tribunal compétent, est exécutée sous réserve des dispositions du présent article et de l’article 36. » Le paragraphe 36(1) énumère divers motifs de refus de la reconnaissance ou de l’exécution d’une sentence. Aucun de ces motifs n’est fondé sur l’absence d’un lien réel et substantiel entre le différend sous-jacent ou le défendeur et l’Ontario, ou sur l’absence de biens en Ontario. De même, la *Loi sur l’exécution réciproque de jugements (Royaume-Uni)* qui facilite la reconnaissance et l’exécution de jugements provenant du Royaume-Uni, ne permet pas au débiteur de se soustraire à l’exécution en démontrant l’absence de lien réel et substantiel entre lui ou le différend et le ressort. Enfin, la *Loi sur l’exécution réciproque de jugements*, L.R.O. 1990, c. R.5, qui prévoit un

the other Canadian provinces and territories, contains no such requirement either.

[72] I note that all the common law provinces and territories have statutes providing for the recognition and enforcement of foreign arbitral awards or of judgments from the United Kingdom. They also have similar statutes providing for the expedited registration or recognition of judgments from specified jurisdictions. In Quebec, it is art. 3155 of the *Civil Code of Québec* that provides for the recognition and enforcement of foreign decisions. It notably does not require a connection between the foreign debtor and the province. In *Canada Post Corp. v. Lépine*, 2009 SCC 16, [2009] 1 S.C.R. 549, this Court found that “the basic principle laid down in art. 3155 . . . is that any decision rendered by a foreign authority must be recognized unless an exception applies”: para. 22. The Court acknowledged that the enumerated exceptions are “limited”: *ibid*. I note that none of them concerns a jurisdictional hurdle in the enforcing state. This shows that the Quebec legislature did not intend a connection between the foreign debtor and the province to be a prerequisite to recognition and enforcement.

[73] I acknowledge that the Uniform Law Conference of Canada took a different approach in drafting the *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* (“CJPTA”) (online) in the 1990s. The CJPTA has been passed, with some variations, in five jurisdictions (Saskatchewan, Prince Edward Island, Yukon, British Columbia, and Nova Scotia), though it has only come into force in three of them. Section 3(e) of the CJPTA provides that one circumstance in which a court has territorial competence in a proceeding is if “there is a real and substantial connection between [*enacting province or territory*] and the facts on which the proceeding against that person is based” (emphasis in original; text in brackets in original). Section 10 states that a real and substantial connection “is presumed to exist if the proceeding . . . (k) is for enforcement of a judgment of a court made in or outside [*enacting province or territory*] or an arbitral award made in or

mécanisme accéléré d’enregistrement et d’exécution des jugements d’autres provinces et territoires canadiens, ne renferme pas non plus une telle exigence.

[72] Je signale que toutes les provinces de common law et les territoires ont des lois qui régissent la reconnaissance et l’exécution de sentences arbitrales étrangères ou de jugements du Royaume-Uni. Ils ont aussi des lois similaires régissant l’enregistrement ou la reconnaissance accélérés de jugements de ressorts désignés. Au Québec, c’est l’art. 3155 du *Code civil du Québec* qui régit la reconnaissance et l’exécution de jugements étrangers. Il n’exige pas notamment l’existence d’un lien entre le débiteur étranger et la province. Dans *Société canadienne des postes c. Lépine*, 2009 CSC 16, [2009] 1 R.C.S. 549, notre Cour a conclu que « l’art. 3155 [. . .] établit, comme principe fondamental [. . .] que toute décision rendue par une autorité étrangère doit être reconnue, sauf exception » : par. 22. La Cour a reconnu que les exceptions énumérées sont « limitées » : *ibid*. Je souligne qu’aucune d’entre elles n’a trait à un obstacle en matière de compétence de l’État d’exécution, ce qui indique que le législateur québécois n’avait pas l’intention d’assujettir la reconnaissance et l’exécution à l’existence d’un lien entre le débiteur étranger et le tribunal d’exécution.

[73] Je reconnais que la Conférence pour l’harmonisation des lois au Canada a adopté une approche différente dans la rédaction de la *Loi uniforme sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances* (« LUCTRI ») (en ligne) dans les années 1990. Cette loi a été adoptée, avec certaines variations, dans cinq ressorts (la Saskatchewan, l’Île-du-Prince-Édouard, le Yukon, la Colombie-Britannique et la Nouvelle-Écosse), bien qu’elle ne soit entrée en vigueur que dans trois de ces ressorts. L’alinéa 3e) de la LUCTRI prévoit qu’un tribunal a compétence territoriale à l’égard d’une instance notamment s’« il existe un lien réel et substantiel entre [*province ou territoire qui adopte la Loi*] et les faits sur lesquels est fondée l’instance » (en italique dans l’original; texte entre crochets dans l’original). Selon l’art. 10, un lien réel et substantiel « est présumé exister [si] [. . .] k) l’instance porte sur l’exécution d’un jugement rendu par un tribunal à l’intérieur ou

outside [enacting province or territory]” (emphasis in original; text in brackets in original). Thus, the foreign judgment creates a rebuttable presumption of jurisdiction, which the judgment debtor can contest. Yet, in spite of this possibility, V. Black, S. G. A. Pitel and M. Sobkin point out that, as of 2012, “no defendant [had] succeeded in rebutting a s. 10 presumption” in the provinces in which the CJPTA was in force at that time: *Statutory Jurisdiction: An Analysis of the Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* (2012), at pp. 146-47. As this Court observed in *Van Breda*, “[l]egislatures and courts may adopt various solutions to meet the constitutional requirements and the objectives of efficiency and fairness that underlie our private international law system”: para. 34. The legislatures are therefore free to adopt legislation like the CJPTA that departs from the common law, so long as they do so within constitutional limits. Ontario, however, has not done so.

[74] As a result, to find in this case that there is no requirement of a real and substantial connection between the forum and the dispute in an action for recognition and enforcement would neither pervert the Ontario legislators’ intentions, nor risk some other unforeseen outcome. Instead, such a finding would be respectful of the legislative choices already made by the province, while leaving open legal space in which it is free to develop its own conflict of laws rules, if it so chooses. This decision is limited to common law recognition and enforcement principles.

(5) Summary

[75] Case law, principle, relevant statutes and practicality all support a rejection of Chevron’s contention. Jurisdiction in an action for recognition and enforcement stems from service being effected on the basis of a foreign judgment rendered in the

à l’extérieur de [province ou territoire qui adopte la Loi] ou sur l’exécution d’une sentence arbitrale rendue à l’intérieur ou à l’extérieur de [province ou territoire qui adopte la Loi] » (en italique dans l’original; texte entre crochets dans l’original). Par conséquent, le jugement étranger crée une présomption réfutable de compétence que le débiteur judiciaire peut contester. Pourtant, malgré cette possibilité, V. Black, S. G. A. Pitel et M. Sobkin signalent qu’en date de 2012, [TRADUCTION] « aucun défendeur n’[avait] réussi à réfuter une présomption prévue à l’art. 10 » dans les provinces où la LUCTRI était alors en vigueur : *Statutory Jurisdiction : An Analysis of the Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* (2012), p. 146-147. Comme notre Cour l’a fait remarquer dans *Van Breda*, « [l]es législatures et les tribunaux provinciaux peuvent adopter diverses solutions pour satisfaire aux exigences constitutionnelles et aux objectifs d’efficacité et d’équité sur lesquels repose notre système de droit international privé » : par. 34. Il est donc loisible aux législateurs d’adopter des lois comme la LUCTRI qui s’écartent de la common law, pourvu qu’elles le fassent dans des limites constitutionnelles. Toutefois, l’Ontario ne l’a pas fait.

[74] En conséquence, conclure en l’espèce que l’existence d’un lien réel et substantiel entre le tribunal et le différend n’est pas nécessaire dans une action en reconnaissance et en exécution n’irait pas à l’encontre de l’intention du législateur ontarien et ne risquerait pas d’entraîner quelque autre résultat imprévu. Au contraire, une telle conclusion serait respectueuse des choix législatifs déjà faits par la province, tout en laissant ouvert un espace juridique dans lequel elle est libre d’élaborer ses propres règles de droit international privé, si tel est son choix. Le présent jugement se limite aux principes de reconnaissance et d’exécution de la common law.

(5) Résumé

[75] La jurisprudence, les principes de droit, les dispositions législatives pertinentes et les considérations pratiques militent tous contre l’argument de Chevron. Dans une action en reconnaissance et en exécution, la compétence découle de la signification

plaintiff's favour, and against the named defendant. There is no need to demonstrate a real and substantial connection between the dispute and the enforcing forum. To conclude otherwise would undermine the important values of order and fairness that underlie all conflicts rules: *Van Breda*, at para. 74, quoting *Morguard*, at p. 1097. Moreover, such a conclusion would be inconsistent with this Court's statement in *Beals* that the doctrine of comity (to which the principles of order and fairness attach) "must be permitted to evolve concomitantly with international business relations, cross-border transactions, as well as mobility": para. 27. Cross-border transactions and interactions continue to multiply. As they do, comity requires an increasing willingness on the part of courts to recognize the acts of other states. This is essential to allow individuals and companies to conduct international business without worrying that their participation in such relationships will jeopardize or negate their legal rights.

[76] In this case, jurisdiction is established with respect to Chevron, which was served *ex juris* pursuant to rule 17.02(m) of the Rules. The plaintiffs alleged in their amended statement of claim that Chevron was a foreign debtor as a result of "the final Judgment of the Appellate Division of the Provincial Court of Justice of Sucumbíos of Ecuador of January 3, 2012": A.R., vol. I, at p. 102. While this judgment has since been varied by the Court of Cassation, this occurred after the amended statement of claim had been filed. The original judgment remains largely intact, although, as noted, the Court of Cassation reduced the total amount owed. The plaintiffs have sufficiently pleaded the Ontario courts' jurisdiction over Chevron.

[77] In closing on this first issue, I wish to emphasize that when jurisdiction is found to exist, it does not necessarily follow that it will or should be exercised: A. Briggs, *The Conflict of Laws* (3rd ed.

faite sur le fondement d'un jugement étranger rendu en faveur du demandeur, aux dépens du défendeur désigné. Il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'un lien réel et substantiel entre le différend et le ressort d'exécution. Conclure autrement saperait les valeurs importantes d'ordre et d'équité qui servent de fondement à toutes les règles de droit international privé : *Van Breda*, par. 74, citant *Morguard*, p. 1097. Qui plus est, une telle conclusion serait incompatible avec l'affirmation de notre Cour dans l'arrêt *Beals* selon laquelle le principe de la courtoisie (à laquelle se rattachent les principes d'ordre et d'équité) « doit pouvoir évoluer au même rythme que les relations commerciales internationales, les opérations transfrontalières et la libre circulation d'un pays à l'autre » : par. 27. Les opérations et les interactions transfrontalières continuent de se multiplier. Parallèlement, la courtoisie exige que les tribunaux soient de plus en plus disposés à reconnaître les actes accomplis par d'autres États. Cela est essentiel pour permettre aux particuliers et aux entreprises de poursuivre l'exercice de leurs activités internationales sans craindre qu'en s'engageant dans de telles relations, ils compromettent leurs droits ou y renoncent.

[76] En l'espèce, la compétence est établie à l'égard de Chevron, qui a reçu signification *ex juris* en application de l'al. 17.02m) des Règles de l'Ontario. Dans leur déclaration amendée, les demandeurs ont allégué que Chevron était un débiteur étranger en vertu d'un [TRADUCTION] « jugement définitif de la section d'appel de la Cour provinciale de justice de Sucumbíos, en Équateur, daté du 3 janvier 2012 » : d.a., vol. I, p. 102. Bien que ce jugement ait depuis été modifié par la Cour de cassation, la modification est ultérieure au dépôt de la déclaration amendée. Le jugement initial demeure en grande partie intact même si, comme je l'ai déjà indiqué, la Cour de cassation a réduit la somme totale due. Les demandeurs ont suffisamment fait valoir la compétence des tribunaux de l'Ontario à l'égard de Chevron.

[77] En terminant sur cette première question, je tiens à souligner que ce n'est pas parce que l'on conclut à l'existence de la compétence qu'il s'ensuit nécessairement que celle-ci sera exercée ou

2013), at pp. 52-53; see also *Van Breda*, at para. 101. Establishing jurisdiction merely means that the alleged debt merits the assistance and attention of the Ontario courts. Once the parties move past the jurisdictional phase, it may still be open to the defendant to argue any or all of the following, whether by way of preliminary motions or at trial: that the proper use of Ontario judicial resources justifies a stay under the circumstances; that the Ontario courts should decline to exercise jurisdiction on the basis of *forum non conveniens*; that any one of the available defences to recognition and enforcement (i.e. fraud, denial of natural justice, or public policy) should be accepted in the circumstances; or that a motion under either Rule 20 (summary judgment) or Rule 21 (determination of an issue before trial) of the Rules should be granted. The availability of these potential arguments, however, does not oust the jurisdiction of the Ontario courts over the plaintiffs' action for recognition and enforcement.

B. *Jurisdiction With Respect to Chevron Canada*

[78] For its part, Chevron Canada contends that — whatever might be the case for Chevron — jurisdiction cannot be established over it, a stranger to the original foreign judgment. It advances two primary submissions. First, in its view, the Court of Appeal erroneously found jurisdiction over Chevron without inquiring into the nature of the relationship between that defendant or the subject matter of the action and Ontario. This error allegedly had important consequences on the issue of whether jurisdiction exists over Chevron Canada. Given that I have found that jurisdiction properly exists over Chevron, this submission is now moot.

[79] Chevron Canada's second submission is that the other factors relied upon by the Court of Appeal to find jurisdiction (C.A. reasons, at para. 38) —

qu'il convient de le faire : A. Briggs, *The Conflict of Laws* (3^e éd. 2013), p. 52-53; voir également *Van Breda*, par. 101. La déclaration de compétence signifie simplement que la dette alléguée mérite l'aide et l'attention des tribunaux ontariens. Lorsque les parties franchissent l'étape relative à la compétence, il est encore loisible à la défenderesse de faire valoir un ou plusieurs des arguments suivants, par voie de requêtes préliminaires ou au procès : que l'usage judicieux des ressources judiciaires de l'Ontario justifie un sursis en l'espèce; que les tribunaux ontariens devraient décliner compétence pour cause de *forum non conveniens*; que l'un ou plusieurs des moyens de défense qu'elle peut opposer à la reconnaissance et à l'exécution (par exemple, la fraude, le déni de justice naturelle ou l'ordre public) devraient être accueillis en l'espèce; ou qu'une motion fondée sur la règle 20 (jugement sommaire) ou 21 (décision d'une question avant l'instruction) des Règles devrait être accueillie. Toutefois, la possibilité de faire valoir ces arguments ne prive pas les tribunaux ontariens de leur compétence à l'égard de l'action en reconnaissance et en exécution introduite par les demandeurs.

B. *Compétence à l'égard de Chevron Canada*

[78] Pour sa part, Chevron Canada soutient que — quelle que soit la situation dans laquelle se trouve Chevron — la compétence ne peut être établie à son endroit, car le jugement étranger initial ne la concerne pas. Elle plaide deux arguments principaux à l'appui de cette thèse. Tout d'abord, à son avis, la Cour d'appel a conclu à tort qu'elle avait compétence à l'égard de Chevron sans avoir examiné la nature de la relation entre cette défenderesse ou l'objet de l'action et l'Ontario. Cette erreur aurait eu des répercussions importantes quant à savoir si les tribunaux ontariens ont compétence à l'égard de Chevron Canada. Comme j'ai conclu que les tribunaux ontariens ont, à juste titre, compétence à l'égard de Chevron, cet argument est désormais théorique.

[79] Chevron Canada soutient ensuite que les autres facteurs sur lesquels s'est fondée la Cour d'appel pour conclure que les tribunaux ontariens sont

namely, Chevron Canada’s “bricks-and-mortar business in Ontario” and its “economically significant relationship” with Chevron — do not in fact establish jurisdiction. Chevron Canada argues that while corporations domiciled in Ontario can be brought before the province’s courts even in the absence of a relationship between the claim and that province, the same cannot be said for corporations that merely carry on business in Ontario. Relying on *Van Breda*, it argues that in such cases, Ontario courts only have jurisdiction if there is a connection between the subject matter of the claim and the business conducted in the province. According to Chevron Canada, while the Court in *Van Breda* maintained the traditional jurisdictional grounds of presence and consent, it also limited the instances in which presence-based jurisdiction can be said to exist. For corporations, the Court recognized that the existence of an office other than the head office is not an independent jurisdictional ground, but is properly considered part of carrying on business in the province. In Chevron Canada’s view, carrying on business from an office is only a presumptive connecting factor that can be rebutted by showing that there is no connection between the claim and the business the corporation conducts in the province. This flows from the constitutional limits on the state’s exercise of power and applies regardless of whether service is effected *ex juris* or *in juris*.

[80] Chevron Canada further submits that the existence of its “economically significant relationship” with Chevron is insufficient to find jurisdiction: A.F., at para. 65. Such a finding would disregard the concept of separate corporate personality, “a bedrock principle of law” since *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22. This case is not one of the limited instances in which piercing the corporate veil is permissible. Chevron Canada adds that in every action, there must be a “good arguable case” that

compétents (motifs de la C.A., par. 38), soit [TRADUCTION] « l’établissement physique, en briques et mortier, exploité en Ontario » par Chevron Canada et les « rapports économiques importants » qu’elle entretient avec Chevron, n’établissent pas en fait la compétence. Chevron Canada plaide que, bien qu’il soit possible de poursuivre devant les tribunaux de l’Ontario des sociétés domiciliées dans cette province sans qu’il soit nécessaire de démontrer l’existence d’un rapport entre le recours et cette province, on ne peut pas en dire autant des sociétés qui y exploitent simplement une entreprise. S’appuyant sur l’arrêt *Van Breda*, elle plaide que dans ces cas, les tribunaux ontariens ne sont compétents que s’il existe un lien entre l’objet du recours et l’entreprise exploitée dans la province. Toujours selon Chevron Canada, bien que notre Cour dans *Van Breda* ait confirmé les fondements traditionnels de la compétence que sont la présence et le consentement, elle a aussi limité les cas dans lesquels on peut affirmer qu’il y a compétence fondée sur la présence. Quant aux sociétés, la Cour a reconnu que la présence d’un bureau autre que le siège social ne constitue pas un fondement de compétence distinct; elle est plutôt considérée à bon droit comme un élément pertinent de l’exploitation d’une entreprise dans la province. Selon Chevron Canada, l’exploitation d’une entreprise à partir d’un bureau n’est qu’un facteur de rattachement créant une présomption, laquelle peut être réfutée par la preuve de l’absence de lien entre le recours et l’entreprise que la société exploite dans la province. Ce constat découle des limites imposées par la Constitution à l’exercice, par une juridiction, de son pouvoir et il s’applique, peu importe que la signification soit effectuée *ex juris* ou *in juris*.

[80] Chevron Canada plaide en outre que ses [TRADUCTION] « rapports économiques importants » avec Chevron sont insuffisants pour que l’on puisse conclure à la compétence des tribunaux ontariens : m.a., par. 65. Une telle conclusion ferait abstraction de la notion de personnalité morale distincte, « un principe de droit fondamental » accepté depuis l’arrêt *Salomon c. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22. Il ne s’agit pas en l’espèce de l’un des cas restreints dans lesquels on peut lever le voile

a sufficient connection with Ontario exists before the province's courts can exercise jurisdiction: A.F., at para. 86, citing *Ontario v. Rothman's Inc.*, 2013 ONCA 353, 115 O.R. (3d) 561, at para. 54. In its submission, there is none here.

[81] I do not accept Chevron Canada's submissions. *Van Breda* specifically preserved the traditional jurisdictional grounds of presence and consent. Chevron Canada erroneously seeks to conflate the rules on presence-based jurisdiction and those on assumed jurisdiction, even though they have always developed in their respective spheres. Here, presence-based jurisdiction is made out on the basis of Chevron Canada's office in Mississauga, Ontario, where it was served *in juris*. Carrying on a business in Ontario at which the defendant is served is sufficient to find presence-based jurisdiction. Several Ontario courts have found this to be the case. The reference in *Van Breda* to constitutional conflict of laws principles does not change the fact that a sufficient jurisdictional basis exists to allow the plaintiffs' case to proceed against Chevron Canada. In any event, even in the context of the rules on assumed jurisdiction, which I do not need to consider in this case, it would be inappropriate to import the connecting factors for tort claims identified in *Van Breda* into the recognition and enforcement context without further analysis.

(1) *Van Breda* and the Traditional Jurisdictional Grounds

[82] *Van Breda* was a case about assumed jurisdiction, one of three bases for asserting jurisdiction *in personam* over an out-of-province defendant. The other two bases, known as the "traditional" jurisdictional grounds, are presence-based jurisdiction and consent-based jurisdiction: *Muscutt*

corporatif. Chevron Canada ajoute que dans toute action, il faut une « cause tout à fait défendable » à l'appui de l'existence d'un lien suffisant avec l'Ontario pour que les tribunaux de la province puissent exercer leur compétence : m.a., par. 86, citant *Ontario c. Rothman's Inc.*, 2013 ONCA 353, 115 O.R. (3d) 561, par. 54. À son avis, il n'y en a pas en l'espèce.

[81] Je ne retiens pas les arguments de Chevron Canada. La Cour a expressément maintenu dans *Van Breda* les fondements traditionnels de la compétence que sont la présence et le consentement. Chevron Canada cherche à tort à confondre les règles en matière de compétence fondée sur la présence et celles relatives à la déclaration de compétence, même si ces règles ont toujours évolué dans leurs sphères respectives. En l'espèce, la compétence fondée sur la présence est établie du fait que Chevron Canada exploite un établissement situé à Mississauga, en Ontario, où elle a reçu signification *in juris*. L'exploitation en Ontario d'une entreprise où un acte de procédure est signifié au défendeur suffit pour que l'on puisse conclure à la compétence fondée sur la présence. Plusieurs tribunaux ontariens en ont décidé ainsi. La mention des principes constitutionnels de droit international privé dans *Van Breda* ne change rien au fait qu'il existe un fondement juridictionnel suffisant pour que les demandeurs puissent poursuivre Chevron Canada. Quoiqu'il en soit, même dans le contexte des règles relatives à la déclaration de compétence, une question que je n'ai pas à étudier en l'espèce, il ne conviendrait pas, faute d'une analyse plus poussée, d'introduire dans le domaine de la reconnaissance et de l'exécution les facteurs de rattachement applicables aux actions en responsabilité délictuelle qui sont énumérés dans *Van Breda*.

(1) L'arrêt *Van Breda* et les fondements traditionnels de la compétence

[82] Dans *Van Breda*, il était question de déclaration de compétence, un des trois moyens pour un tribunal de s'attribuer une compétence *in personam* sur un défendeur se trouvant à l'extérieur de la province. Les deux autres moyens, appelés les fondements « traditionnels » de la compétence, sont la

v. *Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20 (C.A.), at para. 19.

[83] Chevron Canada’s appeal concerns the traditional ground of presence. Presence-based jurisdiction has existed at common law for several decades; its historical roots “cannot be over-emphasized”: S. G. A. Pitel and C. D. Dusten, “Lost in Transition: Answering the Questions Raised by the Supreme Court of Canada’s New Approach to Jurisdiction” (2006), 85 *Can. Bar Rev.* 61, at p. 69. It “is based upon the requirement and sufficiency of personal service of the originating process within the province or territory of the forum (service *in juris*)”: J.-G. Castel, *Introduction to Conflict of Laws* (4th ed. 2002), at p. 83. If service is properly effected on a person who is in the forum at the time of the action, the court has jurisdiction regardless of the nature of the cause of action: T. J. Monestier, “(Still) a ‘Real and Substantial’ Mess: The Law of Jurisdiction in Canada” (2013), 36 *Fordham Int’l L.J.* 396, at p. 449. Assumed jurisdiction, for its part, emerged much later and developed through the adoption of rules for service *ex juris*: Pitel and Rafferty, at p. 53. When a court finds that it has jurisdiction on this basis, that jurisdiction is limited to the specific action at issue before it.

[84] While *Van Breda* simplified, justified, and explained many critical aspects of Canadian private international law, it did not purport to displace the traditional jurisdictional grounds. LeBel J. explicitly stated that, in addition to the connecting factors he established for assumed jurisdiction, “jurisdiction may also be based on traditional grounds, like the defendant’s presence in the jurisdiction or consent to submit to the court’s jurisdiction, if they are established”: para. 79. In other words, “[t]he real and substantial connection test does not oust the traditional private international law bases for court jurisdiction”: *ibid.*

compétence fondée sur la présence et celle fondée sur le consentement : *Muscutt c. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20 (C.A.), par. 19.

[83] Le pourvoi de Chevron Canada porte sur le fondement traditionnel lié à la présence. La compétence fondée sur la présence existe en common law depuis des dizaines d’années; l’on [TRADUCTION] « ne saurait trop insister » sur ses racines historiques : S. G. A. Pitel et C. D. Dusten, « Lost in Transition : Answering the Questions Raised by the Supreme Court of Canada’s New Approach to Jurisdiction » (2006), 85 *R. du B. can.* 61, p. 69. Elle [TRADUCTION] « repose sur l’exigence et le caractère suffisant de la signification à personne de l’acte introductif d’instance dans la province ou le territoire du tribunal (signification *in juris*) » : J.-G. Castel, *Introduction to Conflict of Laws* (4^e éd. 2002), p. 83. Si la signification est effectuée correctement à un particulier dans le ressort au moment de l’action, le tribunal a compétence peu importe la nature de la cause d’action : T. J. Monestier, « (Still) a “Real and Substantial” Mess : The Law of Jurisdiction in Canada » (2013), 36 *Fordham Int’l L.J.* 396, p. 449. La déclaration de compétence, quant à elle, est apparue beaucoup plus tard et s’est développée avec l’adoption des règles de signification *ex juris* : Pitel et Rafferty, p. 53. Lorsqu’un tribunal se déclare compétent du fait de la signification *ex juris*, sa compétence ne s’applique qu’à l’action en question.

[84] Même si la Cour a simplifié, justifié et expliqué dans *Van Breda* bien des éléments cruciaux du droit international privé au Canada, elle n’entendait pas y écarter les fondements traditionnels de la compétence. Le juge LeBel a explicitement affirmé qu’outre les facteurs de rattachement qu’il a établis pour la déclaration de compétence, « la compétence peut également reposer sur des fondements traditionnels, comme la présence du défendeur à l’intérieur du ressort ou son consentement à se soumettre à la compétence du tribunal, si ces fondements sont établis » : par. 79. En d’autres termes, « [l]e critère du lien réel et substantiel n’écarter pas les fondements traditionnels de la compétence judiciaire en droit international privé » : *ibid.*

[85] To establish traditional, presence-based jurisdiction over an out-of-province corporate defendant, it must be shown that the defendant was carrying on business in the forum at the time of the action. Whether a corporation is “carrying on business” in the province is a question of fact: *Wilson v. Hull* (1995), 174 A.R. 81 (C.A.), at para. 52; *Ingersoll Packing Co. v. New York Central and Hudson River R.R. Co.* (1918), 42 O.L.R. 330 (S.C. (in chambers)), at p. 337. In *Wilson*, in the context of statutory registration of a foreign judgment, the Alberta Court of Appeal was asked to assess whether a company was carrying on business in the jurisdiction. It held that to make this determination, the court must inquire into whether the company has “some direct or indirect presence in the state asserting jurisdiction, accompanied by a degree of business activity which is sustained for a period of time”: para. 13. These factors are and always have been compelling indicia of corporate presence; as the cases cited in *Adams v. Cape Industries Plc.*, [1990] 1 Ch. 433, at pp. 467-68, per Scott J., demonstrate, the common law has consistently found the maintenance of physical business premises to be a compelling jurisdictional factor. LeBel J. accepted this in *Van Breda* when he held that “carrying on business requires some form of actual, not only virtual, presence in the jurisdiction, such as maintaining an office there”: para. 87.

[86] The motion judge in this case made the following factual findings concerning Chevron Canada’s Mississauga office:

Chevron Canada operates a business establishment in Mississauga, Ontario. It is not a mere “virtual” business. It runs a bricks and mortar office from which it carries out a non-transitory business with human means and its Ontario staff provides services to and solicits sales from its customers in this province. [para. 87]

These findings have not been contested. They are sufficient to establish presence-based jurisdiction.

[85] Pour prouver la compétence traditionnelle, fondée sur la présence, à l’égard d’une société défenderesse de l’extérieur de la province, il faut démontrer que cette défenderesse exploitait une entreprise dans le ressort au moment de l’action. La question de savoir si une société « exploite une entreprise » dans la province est une question de fait : *Wilson c. Hull* (1995), 174 A.R. 81 (C.A.), par. 52; *Ingersoll Packing Co. c. New York Central and Hudson River R.R. Co.* (1918), 42 O.L.R. 330 (C.S. (en cabinet)), p. 337. Dans *Wilson*, dans le cadre de l’enregistrement, prévu par la loi, d’un jugement étranger, la Cour d’appel de l’Alberta devait déterminer si une société exploitait une entreprise dans le ressort du tribunal. Elle a conclu que pour ce faire, le tribunal doit se demander si cette société a [TRADUCTION] « une présence directe ou indirecte dans l’État du tribunal qui s’attribue compétence, et si elle se livre à des activités commerciales soutenues pendant un certain temps » : par. 13. Ces facteurs sont et ont toujours été des indices convaincants de la présence d’une société; comme le démontrent les décisions citées dans *Adams c. Cape Industries Plc.*, [1990] 1 Ch. 433, p. 467-468, le juge Scott, la common law considère invariablement que la tenue de locaux commerciaux constitue un facteur convaincant de compétence. Le juge LeBel l’a reconnu dans *Van Breda* lorsqu’il a conclu que « [l]’exploitation d’une entreprise exige une forme de présence effective — et non seulement virtuelle — dans le ressort en question, par exemple le fait d’y tenir un bureau » : par. 87.

[86] Le juge saisi de la motion en l’espèce a tiré les conclusions de fait suivantes concernant le bureau de Chevron Canada à Mississauga :

[TRADUCTION] Chevron Canada exploite un établissement commercial à Mississauga, en Ontario. Ce n’est pas un simple établissement « virtuel ». Elle dirige un bureau traditionnel d’où elle exploite une entreprise permanente avec des ressources humaines, et ses employés ontariens fournissent des services et sollicitent des ventes à sa clientèle de cette province. [par. 87]

Ces conclusions n’ont pas été contestées et elles suffisent à établir la compétence fondée sur la présence.

Chevron Canada has a physical office in Mississauga, Ontario, where it was served pursuant to rule 16.02(1)(c), which provides that valid service can be made at a place of business in Ontario. Chevron Canada's business activities at this office are sustained; it has representatives who provide services to customers in the province. Canadian courts have found that jurisdiction exists in such circumstances: *Incorporated Broadcasters Ltd. v. Canwest Global Communications Corp.* (2003), 63 O.R. (3d) 431 (C.A.), at para. 36; *Prince v. ACE Aviation Holdings Inc.*, 2013 ONSC 2906, 115 O.R. (3d) 721, appeal dismissed and cross-appeal allowed 2014 ONCA 285, 120 O.R. (3d) 140; *Abdula v. Canadian Solar Inc.*, 2011 ONSC 5105, 92 B.L.R. (4th) 324, aff'd 2012 ONCA 211, 110 O.R. (3d) 256; *Wilson; Charron v. Banque provinciale du Canada*, [1936] O.W.N. 315 (H.C.J.).

[87] The motion judge's analysis was correct, and the Ontario Court of Appeal had no need to go beyond these considerations to find jurisdiction. As several lower courts have noted both prior to and since *Van Breda*, where jurisdiction stems from the defendant's presence in the jurisdiction, there is no need to consider whether a real and substantial connection exists: *Incorporated Broadcasters Ltd.*, at para. 29, cited with approval in *Prince* (C.A.), at para. 48; *Patterson v. EM Technologies, Inc.*, 2013 ONSC 5849, at paras. 13-16 (CanLII). In other words, the question of whether jurisdiction exists over Chevron Canada should begin and end with traditional, presence-based jurisdiction in this case.

(2) Effect of the Constitutional Principles Developed in *Van Breda*

[88] Nonetheless, Chevron Canada adds constitutional flavour to its submissions, contending that LeBel J.'s comments in *Van Breda* on the prerequisites for assuming jurisdiction over corporate defendants should apply to all types of jurisdiction — presence-based, consent-based, and assumed — by

Chevron Canada possède un bureau à Mississauga, en Ontario, où elle a reçu signification conformément à l'al. 16.02(1)c des Règles, qui prévoit que la signification peut valablement être faite à un établissement en Ontario. Les activités commerciales qu'elle exerce dans ce bureau sont soutenues; ses représentants servent la clientèle dans cette province. Les tribunaux canadiens ont conclu à l'existence de la compétence dans une telle situation : *Incorporated Broadcasters Ltd. c. Canwest Global Communications Corp.* (2003), 63 O.R. (3d) 431 (C.A.), par. 36; *Prince c. ACE Aviation Holdings Inc.*, 2013 ONSC 2906, 115 O.R. (3d) 721, appel rejeté et appel incident accueilli à 2014 ONCA 285, 120 O.R. (3d) 140; *Abdula c. Canadian Solar Inc.*, 2011 ONSC 5105, 92 B.L.R. (4th) 324, conf. par 2012 ONCA 211, 110 O.R. (3d) 256; *Wilson; Charron c. Banque provinciale du Canada*, [1936] O.W.N. 315 (H.C.J.).

[87] L'analyse du juge saisi de la motion était juste, et la Cour d'appel de l'Ontario n'avait pas à examiner d'autres considérations que celles qui précèdent pour conclure à la compétence des tribunaux ontariens. Comme l'ont fait remarquer plusieurs juridictions inférieures tant avant que depuis l'arrêt *Van Breda*, point n'est besoin de se demander s'il existe un lien réel et substantiel lorsque la compétence découle de la présence du défendeur dans le ressort : *Incorporated Broadcasters Ltd.*, par. 29, cité avec approbation dans *Prince* (C.A.), par. 48; *Patterson c. EM Technologies, Inc.*, 2013 ONSC 5849, par. 13-16 (CanLII). Autrement dit, l'analyse de la question de savoir si les tribunaux ontariens ont compétence à l'égard de Chevron Canada doit commencer et prendre fin avec la compétence traditionnelle fondée sur la présence en l'espèce.

(2) Effet des principes constitutionnels élaborés dans *Van Breda*

[88] Chevron Canada pimente néanmoins son argumentation d'une saveur constitutionnelle, prétendant que les propos du juge LeBel dans *Van Breda* au sujet des conditions préalables de la déclaration de compétence à l'égard de sociétés défenderesses devraient s'appliquer à tous les types de compétence

virtue of the real and substantial connection test as a constitutional principle: A.F., at paras. 42-50. As noted in my discussion of Chevron, LeBel J. articulated this constitutional principle as suggesting that “the connection between a state and a dispute cannot be weak or hypothetical”, as such a connection “would cast doubt upon the legitimacy of the exercise of state power over the persons affected by the dispute”: *Van Breda*, at para. 32.

[89] In my view, the real and substantial connection test as a constitutional principle does not dictate that it is “illegitimate” to find jurisdiction over Chevron Canada in this case. Chevron Canada has elected to establish and continue to operate a place of business in Mississauga, Ontario, at which it was served. It should therefore have expected that it might one day be called upon to answer to an Ontario court’s request that it defend against an action. If a defendant maintains a place of business in Ontario, it is reasonable to say that the Ontario courts have an interest in the defendant and the disputes in which it becomes involved. As the Ontario Court of Appeal put it in *Incorporated Broadcasters Ltd.*, at para. 33, “[t]here is no constitutional impediment to a court asserting jurisdiction over a person having a presence in the province”, at least as presence is established in this case. To accept Chevron Canada’s submission to the contrary would be to endorse an unduly “narrow” view of jurisdiction, one towards which this Court has shown no prior inclination: J. Blom, “New Ground Rules for Jurisdictional Disputes: The *Van Breda* Quartet” (2012), 53 *Can. Bus. L.J.* 1, at p. 12. For Ontario courts to have jurisdiction over Chevron Canada in this case, mere presence through the carrying on of business in the province, combined with service therein, suffices to find jurisdiction on the traditional grounds. There is no need to resort to the *Van Breda* criteria for assumed jurisdiction in tort claims in such a situation. To accept Chevron Canada’s submissions would be to permit a total conflation of presence-based and assumed jurisdiction. As Briggs has noted, “[c]ommon law jurisdiction draws a fundamental distinction between cases

— la compétence fondée sur la présence, celle fondée sur le consentement et la déclaration de compétence — parce que le critère du lien réel et substantiel est un principe constitutionnel : m.a., par. 42-50. Comme je l’ai fait remarquer dans mon analyse relative à Chevron, le juge LeBel a dit que ce principe constitutionnel suppose que « le lien entre un État et un litige ne peut être tenu ni hypothétique », puisqu’un lien de cette nature « jetterait un doute sur la légitimité de l’exercice, par l’État, de son pouvoir sur les personnes que touche le litige » : *Van Breda*, par. 32.

[89] À mon avis, le critère du lien réel et substantiel en tant que principe constitutionnel n’indique pas forcément qu’il est « illégitime » de conclure à la compétence à l’égard de Chevron Canada en l’espèce. Chevron Canada a choisi d’établir et de continuer d’exploiter un établissement à Mississauga, en Ontario, où elle a reçu signification. Elle devait donc s’attendre à ce qu’elle soit appelée un jour à répondre à une demande du tribunal de l’Ontario pour se défendre contre une action. Si une société défenderesse tient un établissement en Ontario, on peut raisonnablement affirmer que les tribunaux ontariens ont un intérêt envers cette défenderesse et les litiges auxquelles elle prend part. Comme l’a expliqué la Cour d’appel de l’Ontario dans *Incorporated Broadcasters Ltd.*, par. 33, [TRADUCTION] « [a]ucun obstacle constitutionnel n’empêche un tribunal de s’attribuer compétence à l’égard d’une personne présente dans la province », du moins lorsque la présence est établie comme en l’espèce. Se ranger à l’argument contraire de Chevron Canada reviendrait à cautionner une conception trop [TRADUCTION] « étroite » de la compétence, une conception pour laquelle notre Cour n’a montré aucun penchant : J. Blom, « New Ground Rules for Jurisdictional Disputes : The *Van Breda* Quartet » (2012), 53 *Rev. can. dr. comm.* 1, p. 12. Pour que les tribunaux ontariens aient compétence à l’endroit de Chevron Canada en l’espèce, la simple présence assurée par l’exploitation d’une entreprise dans la province, conjuguée à la signification dans celle-ci, suffit pour permettre de conclure à la compétence reposant sur les fondements traditionnels. Il n’est pas nécessaire, dans une telle situation, de recourir au critère de déclaration de compétence applicable

where the defendant is and is not within the territorial jurisdiction of the court when the proceedings are commenced”: p. 112.

[90] Because jurisdiction over Chevron Canada exists on the basis of the traditional grounds, I need not consider how jurisdiction might be found over a third party who is not present in and does not attach to the jurisdiction of the Ontario courts, but who is alleged to be capable of satisfying a foreign judgment debt. I offer only two comments in this regard.

[91] First, it should be remembered that the specific connecting factors that LeBel J. established in *Van Breda* were designed for and should be confined to the assumption of jurisdiction in tort actions. His comments with respect to carrying on business in the jurisdiction, at paras. 85 and 87, were tailored to that context. The same is true of the examples he gave to show how the presumption of jurisdiction can be rebutted in respect of the connecting factors he identified. LeBel J.’s statement that the presumptive connecting factor of “carrying on business in the province . . . can be rebutted by showing that the subject matter of the litigation is unrelated to the defendant’s business activities in the province” must be confined accordingly: para. 96. The connecting factors that he identified for tort claims did not purport to be an inventory covering all claims known to law, and the appropriate connecting factors can reasonably be expected to vary depending on the cause of action at issue.

aux actions en responsabilité délictuelle qui a été énoncé dans *Van Breda*. Faire droit à l’argumentation de Chevron Canada équivaldrait à permettre que soient entièrement confondues la compétence fondée sur la présence et la déclaration de compétence. Comme l’a souligné Briggs, [TRADUCTION] « [l]a compétence en common law établit une distinction fondamentale entre les cas où le défendeur se trouve dans le ressort du tribunal et ceux où il se trouve à l’extérieur du ressort lorsque la procédure est engagée » : p. 112.

[90] Puisque les tribunaux ontariens ont compétence à l’endroit de Chevron Canada sur la base des fondements traditionnels, je n’ai pas à me demander s’il est possible de conclure à la compétence de ces tribunaux à l’endroit d’un tiers absent qui n’a pas acquiescé à leur compétence, mais qui serait prétendument en mesure d’acquitter la dette constatée par un jugement étranger. Je n’ai que deux commentaires à faire sur ce point.

[91] Premièrement, il faut se rappeler que les facteurs de rattachement précis établis par le juge LeBel dans *Van Breda* visaient la déclaration de compétence dans les actions en responsabilité délictuelle et devaient s’y limiter. Il a adapté à ce contexte ses remarques sur l’exploitation d’une entreprise dans le ressort, aux par. 85 et 87. C’était aussi le cas des exemples qu’il a employés pour montrer la façon de réfuter la présomption de compétence en ce qui a trait aux facteurs de rattachement qu’il a dégagés. Ainsi, l’énoncé du juge LeBel, selon lequel le facteur de rattachement créant une présomption que constitue « le fait que le défendeur exploite une entreprise dans la province [. . .] peut être réfuté par la preuve que l’objet du litige est sans rapport avec les activités commerciales du défendeur dans la province », doit se limiter à ce contexte : par. 96. Les facteurs de rattachement qu’il a relevés pour les actions en responsabilité délictuelle ne se voulaient pas une liste complète concernant tous les recours connus en droit, et on peut raisonnablement s’attendre à ce que les facteurs de rattachement applicables varient en fonction de la cause d’action concernée.

[92] In the recognition and enforcement context, it would hardly make sense to require that the carrying on of business in the province relate to the subject matter of the dispute. The subject matter of recognition and enforcement proceedings is the collection of a debt. A debt is enforceable against any and all assets of a given debtor, not merely those that may have a relationship to the claim. For instance, suppose a foreign judgment is validly rendered against Corporation A in a foreign country as a result of a liability of its Division I, which operates solely in that country. If Corporation A operates a place of business for its separate and unrelated Division II in Ontario, where all its available and recoverable assets happen to be located, it could not be argued that the foreign judgment creditor cannot execute and enforce it in Ontario against Corporation A because the business activities of the latter in the province are not related to the liability created by the foreign judgment.

[93] Second, one aspect of the plaintiffs' claim in this case is for enforcement of Chevron's obligation to pay the foreign judgment using the shares and assets of Chevron Canada to satisfy its parent corporation's debt obligation. In this respect, the subject matter of the claim is not the Ecuadorian events that led to the foreign judgment to which Chevron Canada is a stranger, but rather, at least arguably, the collection of a debt using shares and assets that are alleged to be available for enforcement purposes. In an enforcement process like this for the collection of a debt against a third party, assets in the jurisdiction through the carrying on of business activities are undoubtedly tied to the subject matter of the claim. From that standpoint, seizable assets are not merely the subject matter of the dispute, they are its core. In this regard, the third party is the direct object of the proceedings. When a plaintiff seeks enforcement against a third party to satisfy a foreign judgment debt, the existence of assets in the province may therefore well be a highly relevant connecting factor of the sort needed for such an action to proceed. Indeed, it is hard to identify who, besides the province, would have jurisdiction over

[92] En matière de reconnaissance et d'exécution, il ne serait guère logique d'exiger que l'exploitation d'une entreprise dans la province se rapporte à l'objet du litige. La demande de reconnaissance et d'exécution a pour objet le recouvrement d'une créance. Le recouvrement d'une créance peut être exécuté à même tous les biens d'un débiteur donné, pas seulement ceux susceptibles d'avoir un lien avec le recours. Par exemple, supposons qu'un jugement étranger est valablement rendu contre la société A dans un pays étranger du fait de la responsabilité de sa division I qui exerce ses activités uniquement dans ce pays. Si la société A exploite un établissement commercial pour sa division II, distincte et indépendante de la division I, en Ontario, où se trouvent tous ses biens disponibles et saisissables, on ne peut soutenir que le créancier du jugement étranger n'est pas à même d'exécuter ce jugement contre la société A en Ontario parce que les activités commerciales de cette dernière en Ontario n'ont rien à voir avec l'obligation créée par le jugement étranger.

[93] Deuxièmement, un aspect du recours intenté par les demandeurs en l'espèce vise à faire exécuter l'obligation de Chevron d'acquitter le montant du jugement étranger en se servant des actions et des biens de Chevron Canada pour acquitter la dette de sa société mère. À cet égard, l'objet du recours ne concerne pas les faits survenus en Équateur qui sont à l'origine du jugement étranger auquel Chevron Canada n'est pas partie, mais plutôt, il est au moins possible de le soutenir, le recouvrement d'une créance à même des actions et des biens que l'on dit saisissables aux fins d'exécution. Dans une telle procédure d'exécution engagée pour le recouvrement d'une créance à l'encontre d'un tiers, les biens qui se trouvent dans le ressort du fait de l'exercice d'activités commerciales se rapportent sans aucun doute à l'objet même du recours. Dans cette perspective, les biens saisissables ne sont pas seulement l'objet du litige; ils en sont le cœur. À cet égard, le tiers est directement visé par la demande de reconnaissance et d'exécution. Lorsqu'un demandeur cherche à faire exécuter un jugement étranger contre un tiers pour acquitter une dette constatée par ce jugement, la présence de biens

a company for enforcement processes against that company's assets in the province.

(3) Conclusion

[94] Chevron Canada was served *in juris*, in accordance with rule 16.02(1)(c), at a place of business it operates in Mississauga, Ontario. Traditional, presence-based jurisdiction is satisfied. Jurisdiction is thus established with respect to it. As indicated for Chevron, the establishment of jurisdiction does not mean that the plaintiffs will necessarily succeed in having the Ecuadorian judgment recognized and enforced against Chevron Canada. A finding of jurisdiction does nothing more than afford the plaintiffs the opportunity to seek recognition and enforcement of the Ecuadorian judgment. Once past the jurisdictional stage, Chevron Canada, like Chevron, can use the available procedural tools to try to dispose of the plaintiffs' allegations. This possibility is foreign to and remote from the questions that must be resolved on this appeal.

[95] Further, my conclusion that the Ontario courts have jurisdiction in this case should not be understood to prejudice future arguments with respect to the distinct corporate personalities of Chevron and Chevron Canada. I take no position on whether Chevron Canada can properly be considered a judgment-debtor to the Ecuadorian judgment. Similarly, should the judgment be recognized and enforced against Chevron, it does not automatically follow that Chevron Canada's shares or assets will be available to satisfy Chevron's debt. For instance, shares in a subsidiary belong to the shareholder, not to the subsidiary itself. Only those shares whose ownership is ultimately attributable to the judgment debtor could be the valid target of a recognition and enforcement action. It is not at the early stage of

dans la province peut donc fort bien constituer un facteur de rattachement très pertinent du type de ceux nécessaires pour qu'une action de ce genre suive son cours. En effet, il est difficile de concevoir quels autres tribunaux, à part ceux de la province, auraient compétence à l'égard d'une société dans une procédure d'exécution visant les biens que possède cette société dans la province.

(3) Conclusion

[94] Chevron Canada a reçu signification *in juris*, en conformité avec l'al. 16.02(1)c) des Règles, à un établissement commercial qu'elle exploite à Mississauga, en Ontario. Le critère traditionnel de compétence fondé sur la présence est ainsi satisfait. La compétence est donc établie à l'égard de Chevron Canada. Comme je l'ai indiqué dans le cas de Chevron, l'établissement de la compétence ne signifie pas que les demandeurs parviendront nécessairement à faire reconnaître et exécuter le jugement équatorien contre Chevron Canada. Une déclaration de compétence n'a pas d'autre effet que de donner aux demandeurs la possibilité de solliciter la reconnaissance et l'exécution du jugement équatorien. Une fois franchie l'étape de la compétence, Chevron Canada, tout comme Chevron, peut invoquer les moyens procéduraux à sa disposition pour tenter de faire rejeter les allégations des demandeurs. Cette possibilité est étrangère aux questions à trancher en l'espèce et éloignée de celles-ci.

[95] De plus, il ne faut pas considérer que ma conclusion selon laquelle les tribunaux ontariens ont compétence dans la présente affaire porte préjudice aux arguments futurs concernant les personnalités morales distinctes de Chevron et de Chevron Canada. Je ne me prononce pas sur la question de savoir si Chevron Canada peut être considérée à juste titre comme une débitrice judiciaire en vertu du jugement équatorien. De même, si le jugement est reconnu et exécuté à l'endroit de Chevron, il ne s'ensuit pas automatiquement que les actions ou les biens de Chevron Canada pourront servir à acquitter la dette de Chevron. Par exemple, les actions d'une filiale appartiennent à l'actionnaire et non à la filiale elle-même. Seules les actions dont la propriété peut être attribuée en définitive au débiteur

assessing jurisdiction that courts should determine whether the shares or assets of Chevron Canada are available to satisfy Chevron's debt. As such, contrary to the appellants' submissions, this is not a case in which the Court is called upon to alter the fundamental principle of corporate separateness as reiterated in *BCE Inc. v. 1976 Debentureholders*, 2008 SCC 69, [2008] 3 S.C.R. 560, at least not at this juncture. In that regard, the deference allegedly owed to the motion judge's findings concerning the separate corporate personalities of the appellants and the absence of a valid foundation for the Ontario courts' exercise of jurisdiction is misplaced. These findings were reached in the context of the s. 106 stay. As I stated above, the Court of Appeal reversed that stay, and this issue is not on appeal before us.

VI. Disposition

[96] For these reasons, I would dismiss the appeal, with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant Chevron Corporation: Norton Rose Fulbright Canada, Calgary and Toronto.

Solicitors for the appellant Chevron Canada Limited: Goodmans, Toronto.

Solicitors for the respondents: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto; Conway Baxter Wilson, Ottawa.

Solicitors for the interveners the International Human Rights Program at the University of Toronto Faculty of Law, MiningWatch Canada and the Canadian Centre for International Justice: Klippensteins, Toronto; University of Toronto, Toronto.

Solicitors for the intervener the Justice and Corporate Accountability Project: Siskinds, London.

du jugement peuvent à juste titre faire l'objet d'une action en reconnaissance et en exécution. Ce n'est pas au stade de l'analyse de la compétence que les tribunaux doivent décider si les actions ou les biens de Chevron Canada peuvent servir à acquitter la dette de Chevron. Ainsi, contrairement à ce que prétendent les appelants, la Cour n'est pas appelée en l'espèce à modifier le principe fondamental de la personnalité morale distincte qui a été réitéré dans *BCE Inc. c. Détenteurs de débetures de 1976*, 2008 CSC 69, [2008] 3 R.C.S. 560, du moins pas à ce stade-ci. À cet égard, il serait du reste injustifié de faire preuve de déférence envers les conclusions du juge saisi de la motion relatives aux personnalités morales distinctes des appelantes et à l'absence d'un fondement valable pour l'exercice, par les tribunaux ontariens, de leur compétence. Ces conclusions ont été tirées dans le cadre du sursis de l'instance prononcé en vertu de l'art. 106. Comme je l'ai déjà mentionné, la Cour d'appel a infirmé ce sursis de l'instance et cette décision n'est pas portée en appel devant nous.

VI. Dispositif

[96] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante Chevron Corporation : Norton Rose Fulbright Canada, Calgary et Toronto.

Procureurs de l'appelante Chevron Canada Limited : Goodmans, Toronto.

Procureurs des intimés : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto; Conway Baxter Wilson, Ottawa.

Procureurs des intervenants International Human Rights Program at the University of Toronto Faculty of Law, Mines Alert Canada et le Centre canadien pour la justice internationale : Klippensteins, Toronto; Université de Toronto, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Justice and Corporate Accountability Project : Siskinds, London.

**Stuart Olson Dominion Construction Ltd.,
formerly known as Dominion Construction
Company Inc. *Appellant***

v.

**Structal Heavy Steel, a division of Canam
Group Inc. *Respondent***

**INDEXED AS: STUART OLSON DOMINION
CONSTRUCTION LTD. v. STRUCTAL HEAVY STEEL
2015 SCC 43**

File No.: 35777.

2015: January 19; 2015: September 18.

Present: McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell,
Moldaver, Wagner, Gascon and Côté JJ.

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

Liens — Trusts — Relationship between lien and trust provisions in provincial legislation — By filing lien bond in court in order to vacate builder's lien, has contractor satisfied its trust obligations with respect to subcontractors who have registered liens against land upon which construction work was being done? — The Builders' Liens Act, C.C.S.M., c. B91, ss. 4(1), 4(3), 55(2), 66.

D was the general contractor and S was its subcontractor in respect of structural steel work for a construction project. S filed a builder's lien against the property upon which the construction work was being done. After filing a lien bond in the full amount of S's lien claim, D brought an application in the Manitoba Court of Queen's Bench seeking a declaration that it had satisfied its trust obligations. S then filed its own motion requiring full payment of its past-due invoices, without deduction or set-off, upon D receiving the funds from the owner. The motion judge held that the security in the form of the lien bond extinguished the trust obligations of D pursuant to the Manitoba *Builders' Liens Act*. The Court of Appeal overturned this holding and concluded that under the Act, subcontractors have two separate and distinct rights beyond the common law right to sue for breach of contract:

**Stuart Olson Dominion Construction Ltd.,
auparavant connue sous le nom de Dominion
Construction Company Inc. *Appelante***

c.

**Structal Heavy Steel, une division de Canam
Group Inc. *Intimée***

**RÉPERTORIÉ : STUART OLSON DOMINION
CONSTRUCTION LTD. c. STRUCTAL HEAVY STEEL
2015 CSC 43**

N° du greffe : 35777.

2015 : 19 janvier; 2015 : 18 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Privilèges — Fiducies — Rapport entre les dispositions relatives aux privilèges et celles relatives aux obligations fiduciaires dans une loi provinciale — Est-ce que l'entrepreneur qui a déposé un cautionnement au tribunal afin d'annuler le privilège d'un constructeur s'est acquitté de ses obligations fiduciaires envers les sous-traitants qui ont enregistré des privilèges à l'égard du bien-fonds ayant fait l'objet de travaux de construction? — Loi sur le privilège du constructeur, C.P.L.M., c. B91, art. 4(1), 4(3), 55(2), 66.

D était l'entrepreneure générale chargée d'un projet de construction et S agissait comme sous-traitante de D à l'égard des structures métalliques requises par ce projet. S a enregistré un privilège du constructeur visant la propriété faisant l'objet des travaux de construction. Après avoir déposé un cautionnement correspondant au montant intégral de la réclamation de privilège de S, D a demandé à la Cour du Banc de la Reine du Manitoba un jugement déclarant qu'elle avait rempli ses obligations fiduciaires. S a ensuite déposé sa propre requête et exigé le paiement intégral de ses factures en souffrance, sur réception par D des fonds de la propriétaire, sans qu'il soit procédé à quelque déduction ou compensation. Le juge des requêtes a statué que le dépôt du cautionnement tenant lieu du privilège avait éteint les obligations fiduciaires auxquelles D était tenue en vertu de la *Loi sur le*

the right to the statutory trust and the right to file a lien claim against the property.

Held: The appeal should be dismissed.

Ensuring payment of contractors and subcontractors and encouraging liquidity in the flow of funds to them are both significant preoccupations in the construction industry. Construction liens and statutory trusts are statutory remedies which are found in provincial legislation to protect those who provide services or materials to a construction project. The Manitoba *Builders' Liens Act* is silent as to how these two statutory remedies interact. The text and context of the provisions, as well as the history of the Act, reveal that the trust and lien provisions are two separate remedies that exist independently and may be pursued concurrently under s. 66 of the Act.

The purpose of a lien is to create a charge against the land in favour of contractors, suppliers and workers who can prove their claims. The purpose of the statutory trust is to help assure that money payable by owners, contractors and subcontractors flows in a manner which is in accord with the contractual rights of those engaged in a building project and that it is not diverted out of the proper pipeline. Finding that a trust claim is extinguished by filing a lien bond would undermine this purpose. A lien bond merely secures a contractor's or subcontractor's lien claim rather than satisfying it through payment and it does not extinguish the owner's or contractor's obligations under the statutory trust. The filing of a lien bond has no effect on the existence and application of the trust remedy. This conclusion is consistent with s. 4(3) of the Act, which provides that the contractor is barred from diverting trust funds for its own use until all subcontractors "have been paid all amounts then owing to them".

privilège du constructeur du Manitoba. La Cour d'appel a infirmé cette conclusion et jugé que la Loi confère aux sous-traitants deux droits distincts, en plus de celui que leur reconnaît la common law d'intenter des poursuites pour rupture de contrat : le droit découlant de la fiducie légale et celui de déposer une réclamation de privilège visant la propriété.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Assurer le paiement des entrepreneurs et des sous-traitants et faciliter le flux régulier des fonds qui leur sont destinés constituent deux préoccupations importantes dans l'industrie de la construction. Les privilèges de la construction et les fiducies légales sont des recours d'origine législative prévus par les lois provinciales afin de protéger ceux qui fournissent des services ou des matériaux dans le cadre d'un projet de construction. La *Loi sur le privilège du constructeur* du Manitoba est muette sur l'interaction entre ces deux recours d'origine législative. Le texte et le contexte des dispositions pertinentes, ainsi que l'historique de la Loi, révèlent que les dispositions relatives aux obligations fiduciaires et celles relatives aux privilèges créent deux recours distincts qui existent indépendamment l'un de l'autre et qui, suivant l'art. 66 de la Loi, peuvent être exercés simultanément.

L'objet d'un privilège consiste à grever un bien-fonds de charges en faveur des entrepreneurs, fournisseurs et ouvriers qui sont en mesure de prouver le bien-fondé de leurs réclamations. La fiducie légale vise pour sa part à assurer le flux régulier des sommes payables par les propriétaires, les entrepreneurs et les sous-traitants conformément aux droits contractuels des participants à un projet de construction, et à faire en sorte que ces sommes ne soient pas détournées de la filière appropriée. Conclure qu'une réclamation fondée sur des obligations fiduciaires est éteinte par le dépôt d'un cautionnement tenant lieu d'un privilège irait à l'encontre de cet objectif. Un cautionnement tenant lieu de privilège protège simplement la réclamation de privilège d'un entrepreneur ou d'un sous-traitant et ne constitue pas le paiement de cette réclamation, et il n'a pas pour effet d'éteindre les obligations qu'impose la fiducie légale au propriétaire ou à l'entrepreneur. Le dépôt d'un cautionnement tenant lieu d'un privilège n'a aucun effet sur l'existence et l'application du recours fondé sur des obligations fiduciaires. Cette conclusion est conforme au par. 4(3) de la Loi, lequel interdit à l'entrepreneur d'affecter des fonds détenus en fiducie à son usage personnel tant qu'il n'a pas « payé à tous les sous-traitants [. . .] tous les montants qui leur sont dus ».

There will never be a requirement for the owner, contractor, or subcontractor to pay the funds at issue to the claimant twice. To the extent that the lien and trust claims are for the same work, services, or materials, payment under the trust will eliminate the equivalent amount payable to satisfy the lien claim. In the present case, S acknowledges that, had D paid the trust monies into court, there could have been a reduction in the amount of the lien bond by an amount equivalent to the monies paid into court. D chose to provide security by way of a lien bond rather than payment of funds into court. It is true that it paid premiums for that bond which are not recoverable, but that is simply the cost of the security which it chose to provide. S will not receive double payment.

Cases Cited

Referred to: *Provincial Drywall Supply Ltd. v. Gateway Construction Co.* (1993), 85 Man. R. (2d) 116; *Canadian Bank of Commerce v. T. McAvity & Sons, Ltd.*, [1959] S.C.R. 478; *L. W. Bennett Co. v. University of Western Ontario* (1961), 31 D.L.R. (2d) 246; *Richer v. Borden Farm Products Co.* (1921), 64 D.L.R. 70.

Statutes and Regulations Cited

Builders and Workers Act, R.S.M. 1970, c. B90.
Builders' Liens Act, C.C.S.M., c. B91, ss. 3(1), 4 to 9, 4(1), (3), 5, 13, 16, 24(1), 37 to 45, 49 to 51, 55(2), 56(1), 66.
Builders' Liens Act, S.M. 1980-81, c. 7.
Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1950, c. 227.
Mechanics' Liens Act, R.S.M. 1970, c. M80.

Authors Cited

Bristow, David I., et al. *Construction, Builders' and Mechanics' Liens in Canada*, vol. 1, 7th ed. Toronto: Carswell, 2005 (loose-leaf updated 2012, release 2).
 Manitoba. Law Reform Commission. *Report on Mechanics' Liens Legislation in Manitoba*, Report #32. Winnipeg: The Commission, 1979.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (MacInnes, Beard and Monnin JJ.A.), 2014 MBCA 8, 303 Man. R. (2d) 122, 29 C.L.R. (4th) 173, [2014] 4 W.W.R. 444, 600 W.A.C. 122, [2014] M.J. No. 14 (QL), 2014 CarswellMan 20

Les propriétaires, entrepreneurs ou sous-traitants ne sont jamais tenus de verser deux fois des fonds litigieux au réclamant. Dans la mesure où une réclamation fondée sur un privilège et une réclamation basée sur des obligations fiduciaires se rapportent aux mêmes travaux, services ou matériaux, un paiement effectué au titre des obligations fiduciaires réduira d'une somme équivalente le montant payable pour acquitter la réclamation de privilège. En l'espèce, S reconnaît que, si D avait déposé les fonds en fiducie au tribunal, le cautionnement tenant lieu de privilège aurait pu être réduit d'une somme équivalente à ces fonds. D a choisi de fournir une garantie au moyen d'un cautionnement tenant lieu de privilège plutôt qu'en déposant des fonds au tribunal. Il est vrai que l'entreprise a payé à l'égard de ce cautionnement des primes qui ne sont pas recouvrables, mais il s'agit là simplement du coût de la garantie qu'elle a choisi de fournir. S ne sera pas payée en double.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Provincial Drywall Supply Ltd. c. Gateway Construction Co.* (1993), 85 Man. R. (2d) 116; *Canadian Bank of Commerce c. T. McAvity & Sons, Ltd.*, [1959] R.C.S. 478; *L. W. Bennett Co. c. University of Western Ontario* (1961), 31 D.L.R. (2d) 246; *Richer c. Borden Farm Products Co.* (1921), 64 D.L.R. 70.

Lois et règlements cités

Builders and Workers Act, R.S.M. 1970, c. B90.
Builders' Liens Act, S.M. 1980-81, c. 7.
Loi sur le privilège du constructeur, C.P.L.M., c. B91, art. 3(1), 4 à 9, 4(1), (3), 5, 13, 16, 24(1), 37 à 45, 49 à 51, 55(2), 56(1), 66.
Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1950, c. 227.
Mechanics' Liens Act, R.S.M. 1970, c. M80.

Doctrine et autres documents cités

Bristow, David I., et al. *Construction, Builders' and Mechanics' Liens in Canada*, vol. 1, 7th ed., Toronto: Carswell, 2005 (loose-leaf updated 2012, release 2).
 Manitoba. Commission de réforme du droit. *Report on Mechanics' Liens Legislation in Manitoba*, Report #32, Winnipeg, La Commission, 1979.
 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 MacInnes, Beard et Monnin), 2014 MBCA 8, 303 Man. R. (2d) 122, 29 C.L.R. (4th) 173, [2014] 4 W.W.R. 444, 600 W.A.C. 122, [2014] M.J. No. 14 (QL), 2014 CarswellMan 20

(WL Can.), setting aside in part a decision of Schulman J., 2013 MBQB 48, 289 Man. R. (2d) 194, [2013] 7 W.W.R. 359, [2013] M.J. No. 71 (QL), 2013 CarswellMan 81 (WL Can.). Appeal dismissed.

Dave Hill, Derek Olson and Michael Weinstein, for the appellant.

Kevin T. Williams and Kyla A. Pedersen, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

I. Introduction

[1] Ensuring payment of contractors and subcontractors and encouraging liquidity in the flow of funds to them are both significant preoccupations in the construction industry. In addition to common law remedies, two statutory remedies have been developed in provincial legislation to protect those who provide services or materials to a project: construction liens (also known as mechanic’s or builder’s liens) and statutory trusts.

[2] This case requires the Court to consider the interaction between these two statutory remedies in the Manitoba *Builders’ Liens Act*, C.C.S.M., c. B91 (“*BLA*” or “*Act*”). Specifically, by filing a lien bond in court in order to vacate a builder’s lien, has a contractor satisfied its trust obligations with respect to the subcontractors who have registered liens against the land upon which the construction work was being done?

[3] The *BLA* is silent as to how these provisions interact. However, the text and context of the provisions, as well as the history of the Act, reveal that these are two separate remedies for unpaid persons who have done work, provided services, or supplied materials for a construction project. Registering a

(WL Can.), qui a infirmé en partie une décision du juge Schulman, 2013 MBQB 48, 289 Man. R. (2d) 194, [2013] 7 W.W.R. 359, [2013] M.J. No. 71 (QL), 2013 CarswellMan 81 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Dave Hill, Derek Olson et Michael Weinstein, pour l’appelante.

Kevin T. Williams et Kyla A. Pedersen, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

[1] Assurer le paiement des entrepreneurs et des sous-traitants et faciliter le flux régulier des fonds qui leur sont destinés constituent deux préoccupations importantes dans l’industrie de la construction. Outre les recours prévus par la common law, deux recours légaux ont été créés dans les lois provinciales afin de protéger ceux qui fournissent des services ou des matériaux dans le cadre d’un projet : les privilèges de la construction (également appelés privilèges de l’ouvrier ou privilèges du constructeur) et les fiducies légales.

[2] En l’espèce, la Cour doit examiner l’interaction entre ces deux recours dans la loi manitobaine intitulée *Loi sur le privilège du constructeur*, C.P.L.M., c. B91 (« *LPC* » ou « *Loi* »). Plus précisément, est-ce que l’entrepreneur qui a déposé un cautionnement au tribunal afin d’annuler le privilège d’un constructeur s’est acquitté de ses obligations fiduciaires envers les sous-traitants qui ont enregistré des privilèges à l’égard du bien-fonds ayant fait l’objet de travaux de construction?

[3] La *LPC* est muette sur l’interaction entre ces dispositions. Toutefois, le texte et le contexte des dispositions en question, ainsi que l’historique de la Loi, révèlent qu’il s’agit de deux recours distincts, ouverts aux personnes qui ont effectué des travaux ou encore fourni des services ou des matériaux à

lien bond does not relieve a contractor of its trust obligations under the *BLA*. This appeal should be dismissed.

II. Facts

[4] In December 2010, Dominion Construction Company Inc. (“Dominion”, now known as Stuart Olson Dominion Construction Ltd.) was hired by BBB Stadium Inc. (“Owner”) as general contractor to construct Investors Group Field, a new football stadium at the University of Manitoba. In April 2011, Dominion entered into a subcontract with Structal Heavy Steel (“Structal”) under which Structal would supply and install steel for the structure, roof, bleachers, and wall of the stadium for \$44,435,383.

[5] Beginning with the April 2012 billing, Dominion withheld payment from Structal, originally citing the Owner’s delay in paying Dominion. However, in August, Dominion advised that it was using the unpaid amounts for back charges it claimed resulted from delays attributable to Structal.

[6] On September 7, 2012, Structal registered a builder’s lien against the property totalling \$15,570,974.53 — \$3,538,029.97 for past-due invoices; \$633,885.28 for invoices falling due on October 1, 2012;¹ \$3,331,500.69 for statutory hold-back, and an \$8,067,558.59 delay claim. On October 22, 2012, Dominion filed a lien bond in the full amount of the builder’s lien in the Manitoba Court of Queen’s Bench. This bond provided that if Dominion did not satisfy any lien judgment against it, the surety of the bond would pay, up to a maximum, the amount of the judgment.

¹ The record does not disclose the basis on which an October invoice was predetermined as of September 7, 2012, the date on which the lien was registered.

l’égard d’un projet de construction et qui n’ont pas été payées. L’enregistrement d’un cautionnement ne libère pas un entrepreneur des obligations fiduciaires que lui impose la *LPC*. Le présent pourvoi doit être rejeté.

II. Faits

[4] En décembre 2010, Dominion Construction Company Inc. (« Dominion », maintenant connue sous le nom de Stuart Olson Dominion Construction Ltd.) a été embauchée par BBB Stadium Inc. (« Propriétaire ») comme entrepreneure générale pour construire l’Investors Group Field, un nouveau stade de football à l’Université du Manitoba. En avril 2011, Dominion a conclu avec Structal Heavy Steel (« Structal ») un contrat de sous-traitance aux termes duquel Structal fournirait et installerait de l’acier pour la structure, le toit, les gradins et le mur du stade moyennant la somme de 44 435 383 \$.

[5] À compter de la facture d’avril 2012, Dominion a cessé de payer Structal, invoquant au départ le retard de la Propriétaire à la payer. En août cependant, Dominion a fait savoir qu’elle se servait des sommes impayées pour acquitter certains coûts qui, selon elle, résultaient de retards imputables à Structal.

[6] Le 7 septembre 2012, Structal a enregistré un privilège du constructeur totalisant 15 570 974,53 \$ sur la propriété — 3 538 029,97 \$ pour les factures échues; 633 885,28 \$ pour les factures arrivant à échéance le 1^{er} octobre 2012¹; 3 331 500,69 \$ pour la retenue prévue par la loi et 8 067 558,59 \$ au titre d’une réclamation pour retard. Le 22 octobre 2012, Dominion a déposé à la Cour du Banc de la Reine du Manitoba un cautionnement correspondant au montant intégral du privilège du constructeur. Ce cautionnement précisait que, si Dominion n’acquittait pas le montant de tout jugement basé sur un privilège qui serait rendu contre elle, la caution paierait cette somme jusqu’à concurrence du montant maximum prévu par le cautionnement.

¹ Le dossier n’indique pas sur quelle base une facture à l’égard d’octobre a été établie le 7 septembre 2012, date à laquelle le privilège a été enregistré.

[7] Structal approved the bond and vacated its lien. Dominion continued to receive progress payments from the Owner. Structal asserted that Dominion was required to comply with the trust provisions of the Act.

[8] Nonetheless, Dominion refused to make further payments to Structal, maintaining that it had a set-off against the monies claimed by Structal, that there was no breach of trust, and that Structal was fully secured by the lien bond.

[9] Structal responded by requesting that the Owner withhold a \$3,538,029.97 payment from Dominion or face an action for violating the trust provisions of the *BLA*. The Owner obliged and Dominion brought an application in the Manitoba Court of Queen's Bench seeking a declaration that it had satisfied its *BLA* trust obligations to Structal. If granted, it could pay the amount the Owner was withholding to other trust claimants and, once satisfied, to other creditors. Structal then filed its own motion requiring full payment of its past-due invoices, without deduction or set-off, upon Dominion receiving the funds from the Owner.

[10] Schulman J. of the Court of Queen's Bench ruled that the lien bond secured Structal's trust claim, whereupon the sum of \$4,171,915.25 was paid by the Owner to Dominion on account of Structal's completed and certified work (R.F., at para. 19). Dominion used these funds to pay other contractors and itself. Structal has paid all its subcontractors in full from its own resources (\$3,950,849.26 in payments) and its subcontract has been certified for payment.

[7] Structal a accepté le cautionnement et annulé son privilège. Dominion a continué de recevoir de la Propriétaire des paiements périodiques au fil de l'avancement des travaux. D'après Structal, Dominion était tenue de se conformer aux dispositions de la Loi créant des obligations fiduciaires.

[8] Dominion a néanmoins refusé d'effectuer d'autres paiements en faveur de Structal, soutenant qu'elle avait le droit d'opérer compensation au moyen des sommes réclamées par Structal, qu'il n'y avait aucun manquement aux obligations fiduciaires et que Structal était entièrement protégée par le cautionnement.

[9] Structal a répliqué en demandant que la Propriétaire s'abstienne de verser un paiement de 3 538 029,97 \$ à Dominion, à défaut de quoi elle s'exposerait à une poursuite pour violation des dispositions de la *LPC* créant des obligations fiduciaires. La Propriétaire a obtempéré et Dominion a demandé à la Cour du Banc de la Reine du Manitoba un jugement déclarant qu'elle avait rempli les obligations fiduciaires auxquelles elle était tenue par la *LPC* envers Structal. Si cette demande était accueillie, Dominion pourrait alors verser la somme retenue par la Propriétaire aux autres parties présentant des réclamations fondées sur des obligations fiduciaires et, une fois ces réclamations réglées, aux autres créanciers. Structal a ensuite déposé sa propre requête et exigé le paiement intégral de ses factures en souffrance, sur réception par Dominion des fonds de la Propriétaire, sans qu'il soit procédé à quelque déduction ou compensation.

[10] Le juge Schulman de la Cour du Banc de la Reine a statué que le cautionnement protégeait la réclamation de Structal fondée sur les dispositions relatives aux obligations fiduciaires, après quoi la Propriétaire a versé 4 171 915,25 \$ à Dominion pour les travaux dont l'achèvement par Structal était attesté (m.i., par. 19). Dominion s'est servie de ces fonds pour se payer elle-même et payer d'autres entrepreneurs. Structal a entièrement payé tous ses sous-traitants sur ses propres ressources (paiements totalisant 3 950 849,26 \$) et un certificat autorisant le paiement de son contrat de sous-traitance a été délivré.

III. Lower Court Decisions

A. *Manitoba Court of Queen's Bench, 2013 MBQB 48, 289 Man. R. (2d) 194*

[11] In the Court of Queen's Bench, Schulman J. ruled that Dominion's filing of the lien bond extinguished its trust obligations to Structal under the *BLA*. He wrote that there is no indication in the *BLA* "that a general contractor in the position of [Dominion] should pay the amount in issue twice, once in vacating the lien and another time in securing the trust" (para. 18). It would be "commercially unreasonable and contrary to the intention of the legislation to require [Dominion] in effect to pay \$8,000,000 to secure payment of Structal's claim for \$4,000,000" (para. 18).

[12] Schulman J. maintained that the lien bond filed by Dominion "stands in place of the lien, securing the sum of money claimed by Structal" (para. 17). As such, the lien bond filed by Dominion had extinguished its statutory trust obligations to Structal, and "upon receipt of the progress payment in question in this case [Dominion] may disburse the funds without being in breach of the trust provisions of the [*BLA*]" (para. 24).

B. *Manitoba Court of Appeal, 2014 MBCA 8, 303 Man. R. (2d) 122*

[13] Writing for a unanimous Court of Appeal panel, MacInnes J.A. overturned Schulman J.'s holding with respect to the lien bond extinguishing Dominion's trust obligations to Structal.

[14] The Court of Appeal concluded that under the *BLA*, subcontractors have two separate and distinct rights beyond the common law right to sue for breach of contract: the right to the statutory trust

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour du Banc de la Reine du Manitoba, 2013 MBQB 48, 289 Man. R. (2d) 194*

[11] Le juge Schulman de la Cour du Banc de la Reine a statué qu'en déposant le cautionnement, Dominion avait éteint les obligations fiduciaires auxquelles elle était tenue envers Structal en vertu de la *LPC*. Il a écrit qu'il n'y a dans la *LPC* aucune indication [TRADUCTION] « qu'un entrepreneur général se trouvant dans la situation de [Dominion] devrait payer deux fois le montant litigieux, une fois pour annuler le privilège et une autre fois pour protéger les sommes visées par les obligations fiduciaires » (par. 18). Il serait « déraisonnable sur le plan commercial et contraire à l'objet de la loi d'obliger [Dominion] à payer dans les faits 8 000 000 \$ pour garantir le paiement de la réclamation de Structal, laquelle se chiffre à 4 000 000 \$ » (par. 18).

[12] Le juge Schulman a déclaré que le cautionnement déposé par Dominion [TRADUCTION] « tient lieu du privilège et garantit la somme réclamée par Structal » (par. 17). En tant que tel, ce cautionnement avait eu pour effet d'éteindre les obligations fiduciaires de Dominion envers Structal aux termes de la Loi et, « sur réception des paiements périodiques litigieux effectués en l'espèce au fil de l'avancement des travaux, [Dominion] peut déboursier les fonds sans enfreindre les dispositions de la [*LPC*] créant les obligations fiduciaires » (par. 24).

B. *Cour d'appel du Manitoba, 2014 MBCA 8, 303 Man. R. (2d) 122*

[13] Rédigeant la décision unanime d'une formation de la Cour d'appel, le juge MacInnes a infirmé la conclusion du juge Schulman selon laquelle le cautionnement avait eu pour effet d'éteindre les obligations fiduciaires de Dominion envers Structal.

[14] La Cour d'appel a conclu que la *LPC* confère aux sous-traitants deux droits distincts, en plus de celui que leur reconnaît la common law d'intenter des poursuites pour rupture de contrat : le droit découlant

and the right to file a lien claim against the property (ss. 4 to 9).

[15] MacInnes J.A. allowed Structal’s appeal and set aside the order of the motion judge.

IV. Analysis

A. *Nature of the Lien and Trust Provisions*

[16] Dominion claims that the trust provisions apply only for “sub-contractors whose claims might not be protected by lien” (A.F., at para. 40). Evaluation of this assertion involves consideration of the relationship between the lien and trust provisions of the *BLA*. The application of the trust provisions to those contractors or subcontractors whose claims are protected by a lien is a question of statutory interpretation which can be answered with regard to the legislative evolution, text, and context of the provisions.

[17] It is first necessary to outline each of the provisions in their own right.

(1) Builder’s Lien

[18] The right of lien against the interest of the owner of the land or structure is set out in s. 13 of the *BLA*. This remedy is available to persons who do any work, provide any services, or supply materials

in performance of a contract or sub-contract for any owner, contractor or sub-contractor has, by virtue thereof, a lien for the value of the work, services or materials which, subject to section 16, attaches upon the estate or interest of the owner in the land or structure upon or in respect of which the work was done or the services were provided or the materials were supplied, and the land occupied thereby or enjoyed therewith.

de la fiducie légale et celui de déposer une réclamation de privilège visant la propriété (art. 4 à 9).

[15] Le juge d’appel MacInnes a accueilli l’appel de Structal et annulé l’ordonnance du juge des requêtes.

IV. Analyse

A. *Nature des dispositions relatives aux privilèges et aux obligations fiduciaires*

[16] Dominion prétend que les dispositions créant les obligations fiduciaires s’appliquent uniquement aux [TRADUCTION] « sous-traitants dont les réclamations pourraient ne pas être protégées par un privilège » (m.a., par. 40). Pour évaluer cette prétention, il faut examiner le rapport entre les dispositions de la *LPC* relatives aux privilèges et celles créant les obligations fiduciaires. L’application des secondes aux entrepreneurs ou aux sous-traitants dont les réclamations sont protégées par un privilège est une question d’interprétation législative à laquelle il est possible de répondre en considérant l’historique de la Loi, ainsi que le texte et le contexte des dispositions pertinentes.

[17] Il convient tout d’abord de décrire chaque groupe de dispositions à tour de rôle.

(1) Privilège du constructeur

[18] Le droit à un privilège grevant le droit du propriétaire du bien-fonds ou de l’ouvrage est énoncé à l’art. 13 de la *LPC*. Suivant cette disposition, quiconque, dans le cadre de l’exécution d’un contrat ou d’un contrat de sous-traitance pour un propriétaire, un entrepreneur ou un sous-traitant, effectue des travaux ou fournit des services ou des matériaux

acquiert, de ce fait, un privilège, pour la valeur de ces travaux, services ou matériaux lequel, sous réserve de l’article 16, greve le droit que possède le propriétaire sur le bien-fonds ou sur l’ouvrage sur lequel ou à l’égard duquel les travaux ont été effectués ou les services ou matériaux fournis, et sur les biens-fonds sur lesquels l’ouvrage est érigé ou avec lesquels s’exerce la jouissance de l’ouvrage.

[19] When a lien is registered, it encumbers the land on which the work was done or the structure with respect to which the work was done (*BLA*, s. 13). As the Manitoba Court of Appeal explained in *Provincial Drywall Supply Ltd. v. Gateway Construction Co.* (1993), 85 Man. R. (2d) 116, the purpose of the lien is to “creat[e] charges against the land in favour of those contractors, suppliers and workers who can prove their claims” (para. 47).

[20] Because a lien creates an encumbrance on the land, mortgage advances subsequent to registration of a lien are typically stalled when liens are filed. Recognizing this impediment to liquidity, the Act provides for vacating the liens, pending resolution of the validity of the lien claims, if alternative security is posted. Section 55(2) provides that a lien may be vacated upon payment into or the filing of security (typically a lien bond) with the court:

55(2) Upon application, a judge may order security or payment into court in an amount equal to the holdback required under this Act as it applies to a particular contract and any additional money payable with respect to that contract but not yet paid but not exceeding the total amount of the claims for liens then registered against a parcel of land and may then order that the registration of those liens be vacated.

[21] Section 56(1) then provides that any money or security paid into court stands in place of the land:

56(1) Any money paid into court or any security given under subsection 55(2) stands in place of the land against which the lien was registered and is subject to the claims of

[19] Une fois enregistré, le privilège grève le bien-fonds sur lequel ont été faits les travaux ou a été érigé l’ouvrage à l’égard duquel les travaux ont été effectués (*LPC*, art. 13). Comme l’a expliqué la Cour d’appel du Manitoba dans *Provincial Drywall Supply Ltd. c. Gateway Construction Co.* (1993), 85 Man. R. (2d) 116, le privilège a pour objet de [TRADUCTION] « grev[e]r un bien-fonds de charges en faveur des entrepreneurs, fournisseurs et ouvriers qui sont en mesure de prouver le bien-fondé de leurs réclamations » (par. 47).

[20] Étant donné qu’un privilège a pour effet de créer une charge grevant le bien-fonds concerné, les avances hypothécaires consenties subséquentement à l’enregistrement d’un privilège cessent généralement après l’enregistrement de tels droits. Reconnaissant que cette situation entrave le flux régulier des fonds, le législateur a établi dans la Loi la possibilité, moyennant la fourniture d’une autre garantie, d’obtenir l’annulation d’un privilège en attendant qu’il soit statué sur la validité des réclamations de privilège. Suivant le par. 55(2), un privilège peut être annulé si une somme d’argent ou une garantie (habituellement un cautionnement) est, selon le cas, déposée ou fournie au tribunal :

55(2) Un juge peut, sur demande, ordonner qu’une garantie soit fournie ou qu’une somme d’argent soit déposée au greffe du tribunal; le montant de la garantie ou du dépôt est égal à la retenue exigée aux termes de la présente loi telle qu’elle s’applique à un contrat déterminé et à toute somme d’argent supplémentaire, payable à l’égard de ce contrat, mais qui n’a pas encore été payée, sans toutefois excéder le montant total des réclamations de privilèges enregistrées sur une parcelle de bien-fonds; le juge peut ensuite ordonner que l’enregistrement de ces privilèges soit annulé.

[21] Le paragraphe 56(1) précise qu’une telle somme d’argent ou garantie tient lieu du bien-fonds visé par l’enregistrement du privilège :

56(1) Lorsque, dans le cadre du paragraphe 55(2) une somme d’argent est déposée au greffe ou qu’une garantie est fournie, la somme déposée ou la garantie tient lieu du bien-fonds sur lequel le privilège est enregistré, et elle est assujettie aux réclamations :

(a) the persons whose liens have been vacated; and

(b) every person who

(i) both at the time of filing the application under subsection 55(2) and at the time of filing application for payment out under subsection (3), has a subsisting claim for lien, and

(ii) has registered a claim for lien prior to the time of filing the application for payment out under subsection (3);

but the persons whose liens have been ordered vacated have a first charge on the money or security to the extent of any amount, including costs, found by the judge to be owing to them.

[22] The function of the payment of money or security into the court is to take the place of the land in securing the interests of the contractor or subcontractor who registered the lien. The motion judge stated that security paid into court would stand “in place of the lien” (para. 17 (emphasis added)). However, as the Court of Appeal found, the text of s. 56(1) is unambiguous that the security paid into court stands in place of the land against which the lien was registered.

[23] When a lien is registered against the land and security is paid into court, the registration of the lien may be ordered vacated. The result is that the land is freed from the lien encumbrance and funds, typically mortgage funds, can flow for further development on the land. The underlying lien claim, however, remains. The only effect is that the security paid into court, rather than the land, is available in the event of a lien judgment in favour of the contractor or subcontractor.

[24] The Manitoba Law Reform Commission in its 1979 *Report on Mechanics’ Liens Legislation in Manitoba* (“Commission Report”) had expressed concern that there is “a pressing need to expedite

a) des personnes dont les privilèges ont été annulés;

b) de quiconque

(i) d’une part, a une réclamation de privilège en vigueur au moment du dépôt de la requête aux termes du paragraphe 55(2) de même qu’au moment du dépôt de la requête aux termes du paragraphe (3) du présent article,

(ii) d’autre part, a enregistré une réclamation de privilège avant le dépôt de la requête aux termes du paragraphe (3).

Toutefois, les personnes dont les privilèges ont été annulés par l’ordonnance ont une charge prioritaire sur la somme déposée ou la garantie, jusqu’à concurrence des montants, y compris les frais, que le juge a déclaré être dus à ces personnes.

[22] Le dépôt d’une somme d’argent ou la fourniture d’une garantie au tribunal a pour fonction de remplacer le bien-fonds et de protéger les droits de l’entrepreneur ou du sous-traitant ayant enregistré le privilège sur celui-ci. Le juge de première instance a précisé que la garantie fournie au tribunal [TRADUCTION] « tiendrait lieu du privilège » (par. 17 (je souligne)). Toutefois, comme a conclu la Cour d’appel, le texte du par. 56(1) indique clairement que la garantie fournie au tribunal tient lieu du bien-fonds sur lequel le privilège a été enregistré.

[23] Lorsqu’un privilège est enregistré sur le bien-fonds et qu’une garantie est fournie au tribunal, ce dernier peut ordonner l’annulation du privilège. Le bien-fonds est en conséquence libéré du privilège le grevant et des fonds, habituellement des fonds hypothécaires, peuvent alors être avancés pour poursuivre l’aménagement du bien-fonds. Cependant, la réclamation de privilège à l’origine de la fourniture de la garantie au tribunal subsiste. La seule conséquence est que c’est la garantie ainsi fournie, plutôt que le bien-fonds, qui peut servir en cas de jugement fondé sur le privilège rendu en faveur de l’entrepreneur ou du sous-traitant.

[24] Dans son *Report on Mechanics’ Liens Legislation in Manitoba* de 1979 (« rapport de la commission »), la commission de réforme du droit du Manitoba s’était dite préoccupée par le fait qu’il

the disposition of claims of lienholders once their liens are vacated from the title” (p. 113). It is a commercial reality in the construction industry that it can prove costly to pay lien bond premiums or to have money tied up in court. The *BLA* signals that lien actions should proceed promptly. Once the lien has been vacated, the claimant’s charge against the money paid into court or against the security given ceases to exist if no action is commenced within 30 days of the lien claimants being given notice to commence their action (ss. 49 to 51).

[25] The *BLA* also provides for a statutory holdback. Whoever is primarily liable for payment under a contract (the owner, contractor, or subcontractor) must deduct and retain 7.5 percent of the contract price or, where there is no contract price, 7.5 percent of the value of the work. These funds must be retained for at least 40 days after a certificate of substantial performance is given, the work under the contract has been completed, or the work under the contract has been abandoned, whichever occurs first (s. 24(1)). The holdback is the fund from which lien claims can be satisfied, up to the amount of the holdback. It allows subcontractors to be paid directly from the owner, despite the lack of privity of contract (D. I. Bristow et al., *Construction, Builders’ and Mechanics’ Liens in Canada* (7th ed. (loose-leaf)), vol. 1, at pp. 4-3 and 4-4).

(2) Statutory Trust

[26] The trust provisions of the *BLA* are found in ss. 4 to 9. They provide that subcontractors, any workers employed by the contractor, and other beneficiaries are to be paid before an owner or contractor can appropriate trust funds for his or her own use.

existait [TRADUCTION] « un besoin urgent de faire trancher rapidement les réclamations des détenteurs de privilèges une fois leurs privilèges annulés » (p. 113). Sur le plan commercial, le fait est que, dans l’industrie de la construction, il peut se révéler coûteux de payer les primes de cautionnements tenant lieu de privilèges ou d’avoir des fonds bloqués au tribunal. La *LPC* indique que les actions relatives à un privilège doivent être instruites promptement. Une fois le privilège annulé, la charge du réclamant sur l’argent déposé au tribunal ou sur la garantie fournie s’éteint si aucune action n’est intentée dans les 30 jours suivant l’envoi aux personnes réclamant un privilège d’un avis leur intimant d’intenter leur action (art. 49 à 51).

[25] La *LPC* exige aussi une retenue sur les paiements effectués à l’égard d’un contrat. Quiconque est principalement responsable du paiement aux termes d’un contrat (le propriétaire, l’entrepreneur ou le sous-traitant) doit déduire et conserver 7,5 pour 100 du prix du contrat ou, à défaut de prix contractuel, 7,5 pour 100 de la valeur des travaux. Ces fonds doivent être conservés pendant au moins 40 jours après l’arrivée du premier des trois événements suivants : la remise d’un certificat d’exécution substantielle, l’achèvement des travaux qui devaient être effectués aux termes du contrat ou l’abandon de ces travaux (par. 24(1)). La retenue est la somme sur laquelle les réclamations de privilèges peuvent être réglées, et ce, jusqu’à concurrence du montant de la retenue. Elle permet aux sous-traitants d’être payés directement par le propriétaire malgré l’absence de lien contractuel entre eux et ce dernier (D. I. Bristow et autres, *Construction, Builders’ and Mechanics’ Liens in Canada* (7^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, p. 4-3 et 4-4).

(2) Fiducie légale

[26] Les dispositions de la *LPC* créant les obligations fiduciaires se trouvent aux art. 4 à 9. Elles précisent que les sous-traitants, les ouvriers employés par l’entrepreneur et les autres bénéficiaires doivent être payés avant qu’un propriétaire ou un entrepreneur ne puisse affecter des fonds à son usage personnel.

[27] Under s. 4(1), funds received by a contractor on account of a contract price constitute a trust fund for the benefit of

- (a) sub-contractors who have sub-contracted with the contractor and other persons who have supplied materials or provided services to the contractor for the purpose of performing the contract;
- (b) the Workers' Compensation Board;
- (c) workers who have been employed by the contractor for the purpose of performing the contract; and
- (d) the owner for any set-off or counterclaim relating to the performance of the contract.

[28] Similarly, under s. 4(2), funds received by a subcontractor on account of a contract price in the subcontract constitute a trust fund for the benefit of

- (a) sub-contractors who have sub-contract[ed] with the sub-contractor and other persons who have supplied materials or provided services to the sub-contractor for the purpose of performing the sub-contract;
- (b) the Workers' Compensation Board;
- (c) workers who have been employed by the sub-contractor for the purpose of performing the sub-contract; and
- (d) the contractor or any sub-contractor for any set-off or counterclaim relating to the performance of the sub-contract.

[29] Under s. 4(3), a contractor in possession of trust funds under s. 4(1) cannot appropriate or convert those funds or use them for any purpose not authorized by the trust until

- (a) all sub-contractors who have entered into a sub-contract with him and all persons who have supplied materials or provided services to him for the purpose of performing the contract have been paid all amounts then owing to them out of the sum received;

[27] Aux termes du par. 4(1), les sommes reçues par un entrepreneur, à valoir sur un prix contractuel, constituent un fonds détenu en fiducie au bénéfice

- a) des sous-traitants qui ont conclu un contrat de sous-traitance avec l'entrepreneur et des autres personnes qui lui ont fourni des matériaux ou des services pour l'exécution du contrat;
- b) de la Commission des accidents du travail;
- c) des ouvriers qui ont été employés par l'entrepreneur pour l'exécution du contrat;
- d) du propriétaire qui a droit à une compensation ou à une demande reconventionnelle reliée à l'exécution du contrat.

[28] De même, suivant le par. 4(2), les sommes reçues par un sous-traitant, à valoir sur un prix contractuel, constituent un fonds détenu en fiducie au bénéfice

- a) des sous-traitants qui ont conclu un contrat de sous-traitance avec le sous-traitant et des autres personnes qui lui ont fourni des matériaux ou des services pour l'exécution de ce contrat;
- b) de la Commission des accidents du travail;
- c) des ouvriers qui ont été employés par le sous-traitant pour l'exécution du contrat de sous-traitance;
- d) de l'entrepreneur ou de tout sous-traitant qui a droit à une compensation ou à une demande reconventionnelle reliée à l'exécution du contrat de sous-traitance.

[29] Selon le par. 4(3), un entrepreneur qui détient des fonds en fiducie en vertu du par. 4(1) ne peut les affecter ni les détourner à un usage non autorisé par la fiducie tant qu'il n'a pas

- a) sur la somme reçue, payé à tous les sous-traitants qui ont conclu un contrat de sous-traitance avec lui et à toutes les personnes qui lui ont fourni des matériaux ou des services pour l'exécution du contrat, tous les montants qui leur sont dus;

(b) the Workers' Compensation Board has been paid all assessments which the contractor could reasonably anticipate as arising out of work done by workers employed by him in performing the contract to the extent for which the sum was received;

(c) all workers who have been employed by him for the purpose of performing the contract have been paid all amounts then owing to them out of the sum received for work done in performing the contract; and

(d) provision has been made for the payment of other affected beneficiaries of the trust to whom amounts are then owing out of the sum received.

[30] The owner is also subject to trust obligations:

5(1) Where, under a contract, sums become payable to the contractor by the owner on the basis of a certificate of a payment certifier, any amount, up to the aggregate of the sums so certified, that is in the hands of the owner or received by him at any time thereafter for payment under the contract constitutes, until paid to the contractor, a trust fund for the benefit of

(a) the contractor and all sub-contractors and other persons who have supplied materials or provided services for the purposes of performing the contract or any sub-contract under the contract;

(b) The Workers' Compensation Board; and

(c) workers who have been employed for the purpose of performing the contract or any sub-contract under the contract.

5(2) All sums received by an owner that are to be used in the financing of a structure or improving land, including the purchase price of the land and payment for the discharge or withdrawal of prior encumbrances against the land, constitute, subject to the payment of the purchase price and of payments for the discharge or withdrawal of prior encumbrances against the land, a trust fund for the benefit of the persons mentioned in subsection (1).

[31] Like a contractor, the owner may not appropriate or convert trust funds or use them for any purpose not authorized by the trust until

b) en proportion de la somme reçue, payé à la Commission des accidents du travail, toutes les cotisations qu'il pouvait raisonnablement prévoir relativement aux travaux effectués par des ouvriers qu'il a employés dans l'exécution du contrat;

c) sur la somme reçue, payé à tous les ouvriers qu'il a employés pour l'exécution du contrat, tous les montants qui leur sont dus pour des travaux effectués dans l'exécution de ce contrat;

d) pris des dispositions pour assurer aux autres bénéficiaires de la fiducie, le paiement, sur la somme reçue, des montants qui leur sont dus.

[30] Le propriétaire est lui aussi assujetti à des obligations fiduciaires :

5(1) Lorsque, en vertu d'un contrat, le propriétaire devient redevable envers l'entrepreneur de sommes établies par un certificat d'un certificateur, tout montant, jusqu'à concurrence du total des sommes visées par les certificats, que le propriétaire a alors entre les mains ou reçoit subséquemment pour effectuer un paiement en vertu du contrat, constitue, tant qu'il n'a pas été payé à l'entrepreneur, un fonds détenu en fiducie au bénéfice :

a) de l'entrepreneur et de tous les sous-traitants et autres personnes qui ont fourni des matériaux ou des services pour l'exécution du contrat ou de tout contrat de sous-traitance accessoire au contrat principal;

b) de la Commission des accidents du travail;

c) des ouvriers qui ont été employés pour l'exécution du contrat ou d'un contrat de sous-traitance accessoire au contrat principal.

5(2) Toutes les sommes que reçoit un propriétaire et qui doivent être affectées au financement de l'ouvrage ou de l'amélioration du bien-fonds, notamment les sommes reçues pour le prix d'achat du bien-fonds et pour l'obtention d'une mainlevée ou d'une quittance des charges qui grevaient antérieurement le bien-fonds, constituent, sous réserve du paiement de ce prix d'achat et des sommes nécessaires à la mainlevée ou à une quittance de ces charges antérieures, des fonds détenus en fiducie au bénéfice des personnes mentionnées au paragraphe (1).

[31] À l'instar de l'entrepreneur, le propriétaire ne peut affecter ni détourner des fonds détenus en fiducie à un usage non autorisé par la fiducie tant

5(3) . . .

- (a) the contractor has been paid all sums justly owed to him in respect of the performance of the contract; and
- (b) provision for the payment of other affected beneficiaries of the trust has been made.

B. *The Statutory Framework — The Relationship Between the Lien and Trust Provisions*

[32] The trust and lien provisions of the *BLA* are two separate remedies, with the trust remedy being more wide-reaching. All funds received by the contractor for the general contract are trust funds for not only subcontractors, but also the Workers' Compensation Board, any workers employed by the contractor, and the owner for any set-off or counterclaim relating to the performance of the contract (s. 4(1)). The lien provisions do not impose obligations on contractors or subcontractors with respect to funds received. Trust funds, on the other hand, cannot be appropriated for other purposes until all subcontractors and all persons who have supplied materials or services have been paid (s. 4(3)(a)). Moreover, pursuant to s. 16 no lien can encumber the interest of the Crown, a Crown agency, or a municipality. There is no similar exclusion with respect to the trust provisions of the Act (see s. 3(1)).

[33] The trust provisions were formerly provided for in *The Builders and Workers Act*, R.S.M. 1970, c. B90, while the lien provisions were provided for in *The Mechanics' Liens Act*, R.S.M. 1970, c. M80. These two acts were repealed and essentially incorporated into the *BLA*, S.M. 1980-81, c. 7, in 1981 as a result of the 1979 Commission Report (*Provincial Drywall*, at para. 22). However, in consolidating these two acts, the legislature did not expressly

5(3) . . .

- a) que l'entrepreneur n'a pas été payé de toutes les sommes qui lui sont légitimement dues pour l'exécution du contrat;
- b) que des dispositions n'ont pas été prises pour assurer le paiement des autres bénéficiaires de la fiducie.

B. *Le cadre législatif — Le rapport entre les dispositions relatives aux privilèges et celles relatives aux obligations fiduciaires*

[32] Les dispositions de la *LPC* créant des obligations fiduciaires et celles relatives aux privilèges constituent deux recours distincts, celui fondé sur les obligations fiduciaires ayant une portée plus large. En effet, tous les fonds reçus par l'entrepreneur pour le contrat général sont détenus en fiducie au bénéfice non seulement des sous-traitants, mais également au bénéfice de la Commission des accidents du travail, des ouvriers employés par l'entrepreneur ainsi que du propriétaire pour toute compensation ou demande reconventionnelle liée à l'exécution du contrat (par. 4(1)). Les dispositions relatives aux privilèges n'imposent aucune obligation aux entrepreneurs ou aux sous-traitants à l'égard des fonds qu'ils reçoivent. Par contre, les fonds détenus en fiducie ne peuvent être affectés à d'autres fins tant que tous les sous-traitants et fournisseurs de matériaux ou services n'ont pas été payés (al. 4(3)a)). Qui plus est, selon l'art. 16, aucun privilège ne peut grever l'intérêt de la Couronne, d'un organisme gouvernemental ou d'une municipalité sur le bien-fonds. Il n'y a aucune exclusion semblable en ce qui concerne les dispositions de la Loi créant les obligations fiduciaires (voir le par. 3(1)).

[33] Les dispositions relatives aux obligations fiduciaires figuraient auparavant dans la *Builders and Workers Act*, R.S.M. 1970, c. B90, tandis que celles relatives aux privilèges figuraient dans la *Mechanics' Liens Act*, R.S.M. 1970, c. M80. En 1981, ces deux lois ont été abrogées et essentiellement fondues ensemble pour devenir la *LPC*, S.M. 1980-81, c. 7, par suite du rapport de 1979 de la commission (*Provincial Drywall*, par. 22). Mais lorsqu'il a

delineate how the lien and trust provisions were to interact in situations such as this case, where both remedies are pursued at the same time by a contractor or subcontractor.

[34] Dominion asserts that the trust provisions of the *BLA* have a narrow purpose: “. . . to provide security to sub-contractors whose claims might not be protected by lien” (A.F., at para. 40).

[35] Neither the text of the *BLA* nor the Commission Report supports Dominion’s assertion (see A.F., at para. 40). The trust remedy originated in a statute that did not provide a lien mechanism and it was not altered to limit its applicability when both were incorporated into the *BLA*. Rather, both remedies exist independently.

[36] This Court has recognized the distinct operation of lien and trust provisions. In *Canadian Bank of Commerce v. T. McAvity & Sons, Ltd.*, [1959] S.C.R. 478, Rand J., writing for the majority, held that, under *The Mechanics’ Lien Act*, R.S.O. 1950, c. 227, a provision exempting public streets or highways from the application of the act applied only to the lien provisions, not the trust provisions. Preventing a lien from attaching to a public highway served an important purpose: “. . . the sale of a highway to realize a private debt is not to be seriously contemplated” (p. 481). However, Rand J. recognized that denying the statutory trust to those who work on public highways “would defeat [the] fundamental object of the statute . . . and leave them without any security whatever” (p. 482). He found that “[t]he two securities, that is, the land and the money, are completely independent of one another” (p. 482).

réuni ces deux lois, le législateur provincial n’a pas indiqué expressément la manière dont les dispositions relatives aux privilèges et celles relatives aux fiducies devaient interagir les unes avec les autres dans les cas où, comme en l’espèce, un entrepreneur ou un sous-traitant exerce les deux recours en même temps.

[34] Dominion affirme que les dispositions de la *LPC* créant les obligations fiduciaires visent un objectif restreint [TRADUCTION] : « . . . offrir une garantie aux sous-traitants dont les réclamations pourraient ne pas être protégées par un privilège » (m.a., par. 40).

[35] Ni le texte de la *LPC* ni le rapport de la commission n’étayent l’affirmation de Dominion (voir m.a., par. 40). Le recours fondé sur les obligations fiduciaires tire son origine d’une loi qui ne comportait pas de mécanisme de privilège, et il n’a pas été modifié afin d’en limiter l’applicabilité lorsque les deux recours ont été intégrés à la *LPC*. Ces deux recours existent plutôt indépendamment l’un de l’autre.

[36] Notre Cour a reconnu que les dispositions relatives aux privilèges et celles créant les obligations fiduciaires s’appliquent de façon distincte. S’exprimant au nom des juges majoritaires dans *Canadian Bank of Commerce c. T. McAvity & Sons, Ltd.*, [1959] R.C.S. 478, le juge Rand a conclu qu’une disposition de la *Mechanics’ Lien Act*, R.S.O. 1950, c. 227, qui soustrayait les voies publiques ou les routes à l’application de cette loi ne s’appliquait qu’aux dispositions relatives aux privilèges, et non à celles créant les obligations fiduciaires. Le fait d’empêcher qu’un privilège grève une voie publique servait un objectif important : [TRADUCTION] « . . . la vente d’une route pour acquitter une dette privée ne saurait sérieusement être envisagée » (p. 481). Le juge Rand a toutefois admis que le fait de refuser le bénéfice de la fiducie légale aux personnes qui travaillent sur des chemins publics « contrecarrerait [l’]objet fondamental de la loi [. . .] et les laisserait sans aucune garantie » (p. 482). Il a conclu que « [l]es deux garanties, en l’occurrence le bien-fonds et l’argent, sont complètement indépendantes l’une de l’autre » (p. 482).

[37] Moreover, the *BLA* itself contemplates that the lien and trust remedies may be pursued concurrently. Section 66 provides that “a claim related to a trust fund . . . may be brought or joined with an action to realize a lien”. If the trust provisions only protected those without a lien claim, there would never be concurrent claims and s. 66 would have no application. The legislature cannot be presumed to enact superfluous or meaningless provisions (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at pp. 211-12).

[38] Nothing in the *BLA* suggests that the lien and trust provisions do not remain as two separate remedies. This is not to deny that a contractor or subcontractor may have both a lien and trust claim and that the funds sought under each remedy may be the same. But this does not change the fact that the claimant has access to both of these remedies.

C. *Does the Filing of a Lien Bond Extinguish an Associated Trust Claim?*

[39] Dominion argues that where a lien bond has been filed with the court, the bond should stand as security for any potential claim. However, a reading of both the lien and trust provisions of the *BLA* reveals that the filing of a lien bond has no effect on the existence and application of the trust remedy.

[40] The purpose of the statutory trust was articulated by the Manitoba Court of Appeal in *Provincial Drywall*: “The trust provisions are designed to help assure that money payable by owners, contractors

[37] De plus, la *LPC* elle-même prévoit la possibilité que puissent être exercés simultanément un recours fondé sur un privilège et un recours basé sur les obligations fiduciaires. Aux termes de l’art. 66, « une réclamation relative au fonds en fiducie [. . .] peut être introduite en même temps qu’une action en vue de l’exercice d’un privilège [. . .] ou jointe à telle action ». Si les dispositions relatives aux obligations fiduciaires protégeaient uniquement les personnes n’ayant pas de réclamation de privilège, il ne pourrait jamais survenir de réclamations simultanées et l’art. 66 serait alors inutile. On ne saurait présumer que le législateur édicte des dispositions superflues ou dénuées de sens (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 211-212).

[38] Rien dans la *LPC* ne tend à indiquer que les dispositions relatives aux privilèges et celles créant les obligations fiduciaires ne demeurent pas deux recours distincts. Cela n’écarte pas la possibilité qu’un entrepreneur ou un sous-traitant puisse avoir à la fois une réclamation fondée sur un privilège et une réclamation basée sur des obligations fiduciaires, et que les fonds réclamés au moyen de chaque recours puissent être les mêmes. Mais cela ne change rien au fait que le réclamant peut se prévaloir de ces deux recours.

C. *Le dépôt d’un cautionnement tenant lieu d’un privilège a-t-il pour effet d’éteindre une réclamation connexe fondée sur des obligations fiduciaires?*

[39] Dominion prétend que, dans les cas où un cautionnement est déposé au tribunal, ce cautionnement devrait servir de garantie pour toute réclamation éventuelle. Toutefois, il appert de la lecture des dispositions de la *LPC* relatives aux privilèges et de celles créant les obligations fiduciaires que le dépôt d’un cautionnement tenant lieu d’un privilège n’a aucun effet sur l’existence et l’application du recours fondé sur des obligations fiduciaires.

[40] Dans l’arrêt *Provincial Drywall*, la Cour d’appel du Manitoba a énoncé en ces termes l’objectif de la fiducie légale : [TRADUCTION] « Les dispositions relatives aux obligations fiduciaires visent à assurer

and subcontractors flows in a manner which is in accord with the contractual rights of those engaged in a building project and it is not diverted out of the proper pipeline” (para. 47).

[41] Finding that a trust claim is extinguished by filing a lien bond would undermine this purpose. A lien bond provides no more security than the lien which it displaced: the lien claimant must be successful in the lien action in order to collect the amount secured by the lien bond. If a judgment were to issue invalidating the lien because the lien failed to comply with the requirements in ss. 37 to 45 of the *BLA*, liability under the lien bond would be extinguished. The claimant would then find itself with no access to the funds guaranteed by the bond. Nonetheless, a contractor or subcontractor may still have a trust claim independent of the lien claim; the lien bond would not have secured this trust claim. If Dominion were correct that the mere filing of the lien bond extinguished a contractor’s or owner’s trust obligations, enabling the owner or contractor to appropriate the trust funds for his or her own use, the claimant would be left with no lien claim and no trust monies if the lien claim failed. Such interruption of the flow of funds down the so-called construction pyramid, from the owner to the contractor, to each subcontractor and supplier, is the very problem that the trust provisions were designed to address.

[42] Dominion posted security in the court under s. 55(2) of the *BLA*. The text of this subsection speaks only to the lien claim; nothing in this provision eliminates the trust.

le flux régulier des sommes payables par les propriétaires, les entrepreneurs et les sous-traitants conformément aux droits contractuels des participants à un projet de construction, et à faire en sorte qu’elles ne soient pas détournées de la filière appropriée » (par. 47).

[41] Conclure qu’une réclamation fondée sur des obligations fiduciaires est éteinte par le dépôt d’un cautionnement tenant lieu d’un privilège irait à l’encontre de cet objectif. Un tel cautionnement n’offre pas davantage de protection que le privilège qu’il a écarté : la personne qui réclame un privilège doit avoir gain de cause dans son action fondée sur ce privilège pour obtenir la somme garantie par le cautionnement tenant lieu du privilège. Advenant un jugement invalidant le privilège au motif qu’il ne respecte pas les exigences prévues aux art. 37 à 45 de la *LPC*, la responsabilité découlant du cautionnement serait éteinte. Le demandeur n’aurait alors pas accès aux fonds garantis par le cautionnement. Néanmoins, les entrepreneurs ou sous-traitants peuvent quand même disposer d’un recours fondé sur les obligations fiduciaires indépendant de la réclamation de privilège; le cautionnement tenant lieu de privilège ne protège pas ce recours. Si Dominion a raison d’affirmer que le simple dépôt d’un tel cautionnement a pour effet d’éteindre les obligations fiduciaires de l’entrepreneur ou du propriétaire, permettant ainsi à ce propriétaire ou à cet entrepreneur d’affecter les fonds détenus en fiducie à son usage personnel, le réclamant se retrouverait sans réclamation de privilège et sans accès à des fonds en fiducie en cas d’échec de la réclamation de privilège. Pareille interruption du flux des fonds vers le bas de la pyramide que forme, dit-on, le monde de la construction — c’est-à-dire du propriétaire à l’entrepreneur, puis de ce dernier à chaque sous-traitant et fournisseur — est le problème même auquel visaient à remédier les dispositions créant les obligations fiduciaires.

[42] Dominion a fourni une garantie au tribunal en application du par. 55(2) de la *LPC*. Ce paragraphe vise uniquement les réclamations de privilèges; il n’a aucunement pour effet d’éliminer les obligations fiduciaires.

[43] That the filing of the lien has no effect on the subsistence of the statutory trust is consistent with s. 4(3) of the Act, which provides that the contractor is barred from diverting trust funds for its own use until all subcontractors “have been paid all amounts then owing to them” (s. 4(3)(a)). A subcontractor has not been paid simply by the filing of a lien or by funds or security being posted with the court for the purpose of vacating the lien. A lien bond merely *secures* a contractor’s or subcontractor’s lien claim rather than satisfying it through payment. It does not extinguish the owner’s or contractor’s obligations under the statutory trust.

Double Payment

[44] Dominion submits that unless paying funds into court to vacate the lien does not at the same time satisfy the trust provisions of the *BLA*, where the lien and trust claims are for the same work, services, or materials, a contractor or owner could be required to pay the funds twice. This, Dominion argues, would be in direct contravention of the general principle set out in *L. W. Bennett Co. v. University of Western Ontario* (1961), 31 D.L.R. (2d) 246 (Ont. C.A.), quoting *Richer v. Borden Farm Products Co.* (1921), 64 D.L.R. 70 (Ont. S.C. (App. Div.)), at p. 73, that “[t]he law will never compel a person to pay a sum of money a second time which he has paid once under the sanction of the court” (p. 251).

[45] Dominion’s argument blurs the distinction between payment and security. Should an owner or contractor pay funds into or post security with the court in order to vacate registered liens, such funds or security do not constitute payment to the lien claimants.

[43] Le fait que l’enregistrement du privilège n’a aucune incidence sur la survie de la fiducie légale est conforme au par. 4(3) de la Loi, qui interdit à l’entrepreneur d’affecter des fonds détenus en fiducie à son usage personnel tant qu’il n’a pas « payé à tous les sous-traitants [. . .] tous les montants qui leur sont dus » (al. 4(3)a)). Un sous-traitant n’est pas payé du seul fait qu’un privilège a été enregistré ou que des fonds ou une garantie ont été déposés au tribunal dans le but d’annuler un tel privilège. Un cautionnement tenant lieu de privilège *protège* simplement la réclamation de privilège d’un entrepreneur ou d’un sous-traitant et ne constitue pas le paiement de cette réclamation. Il n’a pas pour effet d’éteindre les obligations qu’impose la fiducie légale au propriétaire ou à l’entrepreneur.

Double paiement

[44] Selon Dominion, à moins que le dépôt d’une somme d’argent au tribunal pour annuler un privilège ne permette en même temps de respecter les dispositions de la *LPC* relatives aux obligations fiduciaires lorsque la réclamation fondée sur le privilège et celle fondée sur les obligations fiduciaires se rapportent aux mêmes travaux, services ou matériaux, un entrepreneur ou un propriétaire pourrait être tenu de payer les fonds deux fois. Dominion prétend que cela irait directement à l’encontre du principe général énoncé dans l’arrêt *L. W. Bennett Co. c. University of Western Ontario* (1961), 31 D.L.R. (2d) 246 (C.A. Ont.), lequel citait les propos suivants tirés de *Richer c. Borden Farm Products Co.* (1921), 64 D.L.R. 70 (C.S. Ont. (Div. app.)), p. 73, et suivant lesquels [TRADUCTION] « [l]e droit n’obligera jamais une personne à payer deux fois une somme d’argent qu’elle a versée avec l’approbation du tribunal » (p. 251).

[45] L’argument de Dominion brouille la distinction entre paiement et garantie de paiement. En effet, lorsqu’un propriétaire ou un entrepreneur dépose des fonds ou fournit une garantie au tribunal en vue d’annuler l’enregistrement de privilèges, ces fonds ou cette garantie ne constituent pas un paiement en faveur de personnes réclamant des privilèges.

[46] There may be circumstances where a contractor will choose to maintain double security where there are lien and trust claims for the same work, services, or materials, by acquiring a lien bond while still holding trust funds. However, a contractor can avoid double security by paying cash into court pursuant to s. 55(2) instead of depositing a lien bond. The *BLA* provides that any owner, contractor, or subcontractor with trust obligations “shall not appropriate or convert any part of the trust fund to or for his own use or to or for any use not authorized by the trust” until one of the listed steps has occurred (ss. 4(3), 4(4) and 5(3)). Payment of the trust funds into court to vacate a lien, for the amount of the lien claim implicated by the trust claim, does not constitute an appropriation or conversion of the trust funds. The contractor is doing exactly what the Act requires — ensuring the monies are held in trust for the beneficiary. These funds remain impressed with the trust; should the lien claim fail while the trust claim is outstanding, the cash would continue to be trust funds when returned to the owner, contractor, or subcontractor. So long as the trust funds themselves are deposited with the court, the funds are secure and the trust has not been breached.

[47] A lien bond involves only an assurance that the surety will pay the amount of any lien judgment should the lien defendant fail to do so. The bond does not constitute security for the trust claim and does not result in the protection of the actual trust monies at issue. An owner, contractor, or subcontractor who chooses to file a lien bond with the court instead of depositing the funds at issue must maintain the trust fund in addition to the bond.

[46] Il peut se présenter des cas où un entrepreneur choisit de se doter d’une double protection — c’est-à-dire en acquérant un cautionnement tenant lieu de privilège tout en gardant des fonds en fiducie — lorsque des réclamations fondées sur des privilèges et des réclamations fondées sur des obligations fiduciaires visent les mêmes travaux, services ou matériaux. L’entrepreneur peut toutefois éviter d’avoir à fournir ces deux types de garanties en déposant une somme d’argent au tribunal conformément au par. 55(2) au lieu de fournir un cautionnement tenant lieu de privilège. La *LPC* dispose qu’aucun propriétaire, entrepreneur ou sous-traitant ayant des obligations fiduciaires « ne peut affecter ni détourner aucune partie [du fonds détenu en fiducie] à son usage personnel ou à un usage non autorisé par la fiducie » tant que n’a pas été prise une des mesures énumérées aux dispositions pertinentes (par. 4(3), 4(4) et 5(3)). Le dépôt au tribunal, en vue d’annuler un privilège, de fonds détenus en fiducie correspondant au montant de la réclamation liée à ce privilège ne constitue pas une affectation ou un détournement des fonds en question. L’entrepreneur fait alors exactement ce qu’exige la Loi — soit veiller à ce que les fonds en question soient détenus en fiducie pour le compte du bénéficiaire. Ces fonds demeurent assujettis à la fiducie; si la réclamation de privilège est rejetée mais que celle fondée sur les obligations fiduciaires est toujours en instance, l’argent continue d’être détenu en fiducie lorsqu’il est retourné au propriétaire, à l’entrepreneur ou au sous-traitant. Tant que les fonds en fiducie eux-mêmes sont déposés au tribunal, ils sont protégés et il n’y a aucun manquement aux obligations fiduciaires.

[47] Un cautionnement tenant lieu de privilège confère uniquement l’assurance que la caution paiera la somme accordée par tout jugement découlant de l’exercice de ce privilège si le défendeur ne la verse pas. Le cautionnement ne constitue pas une garantie applicable à la réclamation fondée sur les obligations fiduciaires et n’a pas pour effet de protéger les fonds en fiducie concernés. Le propriétaire, l’entrepreneur ou le sous-traitant qui choisit de fournir au tribunal un cautionnement tenant lieu de privilège plutôt que d’y déposer les fonds en litige doit maintenir à la fois le fonds en fiducie et le cautionnement.

[48] There will never be a requirement for the owner, contractor, or subcontractor to pay the funds at issue to the *claimant* twice. To the extent that the lien and trust claims are for the same work, services, or materials, payment under the trust will eliminate the equivalent amount payable to satisfy the lien claim. In the present case, Structal acknowledges that, had Dominion paid the trust monies into court, there could have been a reduction in the amount of the lien bond by an amount equivalent to the monies paid into court (R.F., at para. 64). Structal's acknowledgment on this point is logical: there is no need for a lien bond to secure an amount already secured by trust funds paid into court.

[49] Dominion chose to provide security by way of a lien bond rather than payment of funds into court. It is true that it paid premiums for that bond which are not recoverable, but that is simply the cost of the security which it chose to provide. Structal will not receive double payment.

V. Conclusion

[50] I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Hill Sokalski Walsh Trippier, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Taylor McCaffrey, Winnipeg.

[48] Les propriétaires, entrepreneurs ou sous-traitants ne sont jamais tenus de verser deux fois des fonds litigieux au *réclamant*. Dans la mesure où une réclamation fondée sur un privilège et une réclamation basée sur des obligations fiduciaires se rapportent aux mêmes travaux, services ou matériaux, un paiement effectué au titre des obligations fiduciaires réduira d'une somme équivalente le montant payable pour acquitter la réclamation de privilège. En l'espèce, Structal reconnaît que, si Dominion avait déposé les fonds en fiducie au tribunal, le cautionnement tenant lieu de privilège aurait pu être réduit d'une somme équivalente à ces fonds (m.i., par. 64). L'admission de Structal sur ce point est logique : il n'est pas nécessaire de protéger au moyen d'un cautionnement tenant lieu de privilège une somme déjà protégée par le dépôt au tribunal de fonds détenus en fiducie.

[49] Dominion a choisi de fournir une garantie au moyen d'un cautionnement tenant lieu de privilège plutôt qu'en déposant des fonds au tribunal. Il est vrai que l'entreprise a payé à l'égard de ce cautionnement des primes qui ne sont pas recouvrables, mais il s'agit là simplement du coût de la garantie qu'elle a choisi de fournir. Structal ne sera pas payée en double.

V. Conclusion

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

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Hill Sokalski Walsh Trippier, Winnipeg.

Procureurs de l'intimée : Taylor McCaffrey, Winnipeg.

Ontario Energy Board *Appellant*

v.

**Ontario Power Generation Inc.,
Power Workers' Union, Canadian Union
of Public Employees, Local 1000 and
Society of Energy Professionals** *Respondents*

and

Ontario Education Services Corporation
Intervener

**INDEXED AS: ONTARIO (ENERGY BOARD) v.
ONTARIO POWER GENERATION INC.**

2015 SCC 44

File No.: 35506.

2014: December 3; 2015: September 25.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Rothstein,
Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Public utilities — Electricity — Rate-setting decision by utilities regulator — Utility seeking to recover incurred or committed compensation costs in utility rates set by Ontario Energy Board — Whether Board bound to apply particular prudence test in evaluating utility costs — Whether Board's decision to disallow \$145 million in labour compensation costs related to utility's nuclear operations reasonable — Ontario Energy Board Act, 1998, S.O. 1998, c. 15, Sch. B, s. 78.1(5), (6).

Administrative law — Boards and tribunals — Appeals — Standing — Whether Ontario Energy Board acted improperly in pursuing appeal and in arguing in favour of reasonableness of its own decision — Whether

Commission de l'énergie de l'Ontario
Appelante

c.

**Ontario Power Generation Inc.,
Syndicat des travailleurs et travailleuses
du secteur énergétique, Syndicat canadien
de la fonction publique, section locale 1000 et
Society of Energy Professionals** *Intimés*

et

**Corporation des services en éducation
de l'Ontario** *Intervenante*

**RÉPERTORIÉ : ONTARIO (COMMISSION DE
L'ÉNERGIE) c. ONTARIO POWER GENERATION INC.**

2015 CSC 44

N° du greffe : 35506.

2014 : 3 décembre; 2015 : 25 septembre.

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

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

Services publics — Électricité — Décision d'un organisme de réglementation des services publics relativement à l'établissement de tarifs — Demande d'un service public en vue d'obtenir le recouvrement de dépenses de rémunération faites ou convenues grâce aux tarifs établis par la Commission de l'énergie de l'Ontario — La Commission avait-elle l'obligation d'employer une méthode particulière axée sur la prudence pour apprécier les dépenses du service public? — Le refus de la Commission d'approuver 145 millions de dollars au titre des dépenses de rémunération liées aux installations nucléaires du service public était-il raisonnable? — Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario, L.O. 1998, c. 15, ann. B, art. 78.1(5), (6).

Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Appels — Qualité pour agir — La Commission de l'énergie de l'Ontario a-t-elle agi de manière inappropriée en se pourvoyant en appel et en faisant valoir

Board attempted to use appeal to “bootstrap” its original decision by making additional arguments on appeal.

In Ontario, utility rates are regulated through a process by which a utility seeks approval from the Ontario Energy Board for costs the utility has incurred or expects to incur in a specified period of time. Where the Board approves of the costs, they are incorporated into utility rates such that the utility receives payment amounts to cover the approved expenditures. The Board disallowed certain payment amounts applied for by Ontario Power Generation (“OPG”) as part of its rate application covering the 2011-2012 operating period. Specifically, the Board disallowed \$145 million in labour compensation costs related to OPG’s nuclear operations on the grounds that OPG’s labour costs were out of step with those of comparable entities in the regulated power generation industry. A majority of the Ontario Divisional Court dismissed OPG’s appeal and upheld the decision of the Board. The Court of Appeal set aside the decisions of the Divisional Court and the Board and remitted the matter to the Board for redetermination in accordance with its reasons.

The crux of OPG’s argument here is that the Board is legally required to compensate OPG for all of its prudently committed or incurred costs. OPG asserts that prudence in this context has a particular methodological meaning that requires the Board to assess the reasonableness of OPG’s decision to incur or commit to costs at the time the decisions to incur or commit to the costs were made and that OPG ought to benefit from a presumption of prudence. The Board on the other hand argues that a particular prudence test methodology is not compelled by law, and that in any case the costs disallowed here were not committed nuclear compensation costs, but are better characterized as forecast costs.

OPG also raises concerns regarding the Board’s role in acting as a party on appeal from its own decision, arguing that the Board’s aggressive and adversarial defence of its decision was improper, and the Board attempted to use the appeal to bootstrap its original decision by making additional arguments on appeal. The Board argues that the structure of utilities regulation in Ontario makes it necessary and important for it to argue the merits of its decision on appeal.

le caractère raisonnable de sa propre décision? — A-t-elle tenté de se servir de l’appel pour « s’auto-justifier » en formulant de nouveaux arguments à l’appui de sa décision initiale?

En Ontario, la tarification d’un service public est réglementée, de sorte que ce dernier doit obtenir de la Commission de l’énergie de l’Ontario l’approbation des dépenses qu’il a faites ou qu’il prévoit faire pendant une période donnée. Lorsque cette approbation est obtenue, les tarifs sont rajustés de manière que le service public touche des paiements qui correspondent à ses dépenses. La Commission a refusé certains paiements sollicités par Ontario Power Generation (« OPG ») dans sa décision sur la demande d’établissement des tarifs pour la période 2011-2012. Elle a en fait refusé à OPG le recouvrement de 145 millions de dollars au titre des dépenses de rémunération liées aux installations nucléaires du service public au motif que ces dépenses étaient en rupture avec celles d’organismes comparables dans le secteur réglementé de la production d’énergie. Les juges majoritaires de la Cour divisionnaire de l’Ontario ont rejeté l’appel d’OPG et confirmé la décision de la Commission. La Cour d’appel a annulé les décisions de la Cour divisionnaire et de la Commission, puis renvoyé le dossier à la Commission afin qu’elle rende une nouvelle décision conforme à ses motifs.

La thèse d’OPG en l’espèce veut essentiellement que la Commission soit légalement tenue de l’indemniser de la totalité des dépenses faites ou convenues avec prudence. OPG prétend que, dans ce contexte, la prudence se définit selon une méthode particulière qui exige de la Commission qu’elle détermine si, au moment où elles ont été prises, les décisions de faire les dépenses ou de convenir des dépenses étaient raisonnables. Elle soutient en outre qu’une présomption de prudence doit s’appliquer à son bénéfice. La Commission prétend pour sa part que la loi ne l’oblige pas à employer quelque méthode fondée sur le principe de la prudence et que, de toute manière, les dépenses de rémunération des employés du secteur nucléaire refusées en l’espèce n’étaient pas des dépenses convenues, mais bien des dépenses prévues.

OPG exprime en outre des préoccupations sur la participation de la Commission à l’appel de sa propre décision et fait valoir que la manière agressive et conflictuelle dont la Commission a défendu sa décision initiale n’était pas justifiée et que l’organisme a tenté de se servir de l’appel pour s’auto-justifier en formulant de nouveaux arguments à l’appui de sa décision initiale. La Commission soutient que la manière dont les services publics sont réglementés en Ontario fait en sorte qu’il est nécessaire et important qu’elle défende la justesse de ses décisions portées en appel.

Held (Abella J. dissenting): The appeal should be allowed. The decision of the Court of Appeal is set aside and the decision of the Board is reinstated.

Per McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ.: The first issue is the appropriateness of the Board's participation in the appeal. The concerns with regard to tribunal participation on appeal from the tribunal's own decision should not be read to establish a categorical ban. A discretionary approach provides the best means of ensuring that the principles of finality and impartiality are respected without sacrificing the ability of reviewing courts to hear useful and important information and analysis. Because of their expertise and familiarity with the relevant administrative scheme, tribunals may in many cases be well positioned to help the reviewing court reach a just outcome. Further, some cases may arise in which there is simply no other party to stand in opposition to the party challenging the tribunal decision. In a situation where no other well-informed party stands opposed, the presence of a tribunal as an adversarial party may help the court ensure it has heard the best of both sides of a dispute. The following factors are relevant in informing the court's exercise of its discretion: statutory provisions addressing the structure, processes and role of the particular tribunal and the mandate of the tribunal, that is, whether the function of the tribunal is to adjudicate individual conflicts between parties or whether it serves a policy-making, regulatory or investigative role, or acts on behalf of the public interest. The importance of fairness, real and perceived, weighs more heavily against tribunal standing where the tribunal served an adjudicatory function in the proceeding. Tribunal standing is a matter to be determined by the court conducting the first-instance review in accordance with the principled exercise of that court's discretion. In exercising its discretion, the court is required to balance the need for fully informed adjudication against the importance of maintaining tribunal impartiality.

Consideration of these factors in the context of this case leads to the conclusion that it was not improper for the Board to participate in arguing in favour of the reasonableness of its decision on appeal. The Board was the only respondent in the initial review of its decision. It had no alternative but to step in if the decision was to be defended on the merits. Also, the Board was exercising

Arrêt (la juge Abella est dissidente) : Le pourvoi est accueilli. La décision de la Cour d'appel est annulée et celle de la Commission est rétablie.

La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Gascon : Se pose en premier lieu la question du caractère approprié de la participation de la Commission au pourvoi. Les préoccupations relatives à la participation d'un tribunal administratif à l'appel de sa propre décision ne sauraient fonder l'interdiction absolue d'une telle participation. La démarche discrétionnaire offre le meilleur moyen d'assurer le caractère définitif de la décision et l'impartialité du décideur sans que la cour de révision ne soit alors privée de données et d'analyses à la fois utiles et importantes. Vu ses compétences spécialisées et sa connaissance approfondie du régime administratif en cause, le tribunal administratif peut, dans bien des cas, être bien placé pour aider la cour de révision à rendre une juste décision. Qui plus est, dans certains cas, il n'y a tout simplement personne pour s'opposer à la partie qui conteste la décision du tribunal administratif. Lorsqu'aucune autre partie bien au fait des enjeux ne fait valoir le point de vue opposé, la participation du tribunal administratif à titre de partie adverse peut contribuer à faire en sorte que la cour statue après avoir entendu les arguments les plus convaincants de chacune des deux parties au litige. Les considérations suivantes permettent de délimiter l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la cour de révision : les dispositions législatives portant sur la structure, le fonctionnement et la mission du tribunal en cause et le mandat du tribunal, à savoir si sa fonction consiste soit à trancher des différends individuels opposant plusieurs parties, soit à élaborer des politiques, à réglementer ou à enquêter, ou à défendre l'intérêt public. L'importance de l'équité, réelle et perçue, milite davantage contre la reconnaissance de la qualité pour agir du tribunal administratif qui a exercé une fonction juridictionnelle dans l'instance. Il appartient à la cour de première instance chargée du contrôle judiciaire de décider de la qualité pour agir d'un tribunal administratif en exerçant son pouvoir discrétionnaire de manière raisonnée. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la cour doit établir un équilibre entre la nécessité d'une décision bien éclairée et l'importance d'assurer l'impartialité du tribunal administratif.

L'application de ces principes à la situation considérée en l'espèce mène à la conclusion qu'il n'était pas inapproprié que la Commission participe à l'appel pour défendre le caractère raisonnable de sa décision. La Commission était la seule partie intimée lors du contrôle judiciaire initial de sa décision. Elle n'avait d'autre choix que de prendre part à l'instance pour que sa décision

a regulatory role by setting just and reasonable payment amounts to a utility. In this case, the Board's participation in the instant appeal was not improper.

The issue of tribunal "bootstrapping" is closely related to the question of when it is proper for a tribunal to act as a party on appeal or judicial review of its decision. The standing issue concerns the types of argument a tribunal may make, while the bootstrapping issue concerns the content of those arguments. A tribunal engages in bootstrapping where it seeks to supplement what would otherwise be a deficient decision with new arguments on appeal. A tribunal may not defend its decision on a ground that it did not rely on in the decision under review. The principle of finality dictates that once a tribunal has decided the issues before it and provided reasons for its decision, absent a power to vary its decision or rehear the matter, it cannot use judicial review as a chance to amend, vary, qualify or supplement its reasons. While a permissive stance towards new arguments by tribunals on appeal serves the interests of justice insofar as it ensures that a reviewing court is presented with the strongest arguments in favour of both sides, to permit bootstrapping may undermine the importance of reasoned, well-written original decisions. In this case, the Board did not impermissibly step beyond the bounds of its original decision in its arguments before the Court. The arguments raised by the Board on appeal do not amount to impermissible bootstrapping.

The merits issue concerns whether the appropriate methodology was followed by the Board in its disallowance of \$145 million in labour compensation costs sought by OPG. The just-and-reasonable approach to recovery of the cost of services provided by a utility captures the essential balance at the heart of utilities regulation: to encourage investment in a robust utility infrastructure and to protect consumer interests, utilities must be allowed, over the long run, to earn their cost of capital, no more, no less. In order to ensure the balance between utilities' and consumers' interests is struck, just and reasonable rates must be those that ensure consumers are paying what the Board expects it to cost to efficiently provide the services they receive, taking account of both operating and capital costs. In that way, consumers may be assured that, overall, they are paying no more than what is necessary for the service they receive, and

soit défendue au fond. Aussi, la Commission a exercé sa fonction de réglementation en établissant les paiements justes et raisonnables auxquels un service public avait droit. Sa participation au pourvoi n'avait rien d'inapproprié en l'espèce.

La question de l'« autojustification » est étroitement liée à celle de savoir à quelles conditions le tribunal administratif est en droit d'agir comme partie à l'appel ou au contrôle judiciaire de sa décision. Statuer sur la qualité pour agir d'un tribunal c'est décider de ce qu'il peut faire valoir, alors que l'autojustification touche à la teneur des prétentions. Un tribunal s'autojustifie lorsqu'il cherche, par la présentation de nouveaux arguments en appel, à étoffer une décision qui, sinon, serait lacunaire. Un tribunal ne peut défendre sa décision en invoquant un motif qui n'a pas été soulevé dans la décision faisant l'objet du contrôle. Le caractère définitif de la décision veut que, dès lors qu'il a tranché les questions dont il était saisi et qu'il a motivé sa décision, à moins qu'il ne soit investi du pouvoir de modifier sa décision ou d'entendre à nouveau l'affaire, un tribunal ne puisse profiter d'un contrôle judiciaire pour modifier, changer, nuancer ou compléter ses motifs. Même s'il est dans l'intérêt de la justice de permettre au tribunal de présenter de nouveaux arguments en appel, la cour de révision étant alors saisie des arguments les plus convaincants à l'appui de chacune des thèses, autoriser l'autojustification risque de compromettre l'importance de décisions bien étayées et bien rédigées au départ. Dans la présente affaire, la Commission n'a pas indûment outrepassé les limites de sa décision initiale lorsqu'elle a présenté ses arguments devant la Cour. Les arguments qu'elle a invoqués en appel n'équivalent pas à une autojustification inadmissible.

La question de fond est celle de savoir si la Commission a employé une méthode appropriée pour refuser à OPG le recouvrement de 145 millions de dollars au titre des dépenses de rémunération. L'approche fondée sur le caractère juste et raisonnable des dépenses qu'un service public peut recouvrer rend compte de l'équilibre essentiel recherché dans la réglementation des services publics : pour encourager l'investissement dans une infrastructure robuste et protéger l'intérêt des consommateurs, un service public doit pouvoir, à long terme, toucher l'équivalent du coût du capital, ni plus, ni moins. Lorsqu'il s'agit d'assurer l'équilibre entre les intérêts du service public et ceux du consommateur, la tarification juste et raisonnable est celle qui fait en sorte que le consommateur paie ce que la Commission prévoit qu'il en coûtera pour la prestation efficace du service, compte tenu à la fois des dépenses d'exploitation et des coûts en

utilities may be assured of an opportunity to earn a fair return for providing those services.

The *Ontario Energy Board Act, 1998* does not prescribe the methodology the Board must use to weigh utility and consumer interests when deciding what constitutes just and reasonable payment amounts to the utility. However, the *Ontario Energy Board Act, 1998* places the burden on the applicant utility to establish that payment amounts approved by the Board are just and reasonable. It would thus seem inconsistent with the statutory scheme to presume that utility decisions to incur costs were prudent. The Board has broad discretion to determine the methods it may use to examine costs — but it cannot shift the burden of proof contrary to the statutory scheme.

The issue is whether the Board was bound to use a no-hindsight, presumption of prudence test to determine whether labour compensation costs were just and reasonable. The prudent investment test, or prudence review, is a valid and widely accepted tool that regulators may use when assessing whether payments to a utility would be just and reasonable. However, there is no support in the statutory scheme for the notion that the Board should be required as a matter of law, under the *Ontario Energy Board Act, 1998* to apply the prudence test such that the mere decision not to apply it when considering committed costs would render its decision on payment amounts unreasonable. Where a statute requires only that the regulator set “just and reasonable” payments, as the *Ontario Energy Board Act, 1998* does in Ontario, the regulator may make use of a variety of analytical tools in assessing the justness and reasonableness of a utility’s proposed payment amounts. This is particularly so where, as here, the regulator has been given express discretion over the methodology to be used in setting payment amounts.

Where the regulator has discretion over its methodological approach, understanding whether the costs at issue are “forecast” or “committed” may be helpful in reviewing the reasonableness of a regulator’s choice of methodology. Here, the labour compensation costs which led to the \$145 million disallowance are best understood

capital. Ainsi, le consommateur a l’assurance que, globalement, il ne paie pas plus que ce qui est nécessaire pour obtenir le service, et le service public a l’assurance de pouvoir toucher une juste contrepartie pour la prestation du service.

La *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* ne prescrit pas la méthode que doit utiliser la Commission pour soupeser les intérêts respectifs du service public et du consommateur lorsqu’elle décide ce qui constitue des paiements justes et raisonnables. Suivant cette loi, il incombe cependant au service public requérant d’établir que les paiements qu’il demande à la Commission d’approuver sont justes et raisonnables. Il semble donc contraire au régime législatif de présumer que la décision du service public de faire les dépenses était prudente. La Commission jouit d’un grand pouvoir discrétionnaire qui lui permet d’arrêter la méthode à employer dans l’examen des dépenses, mais elle ne peut tout simplement pas inverser le fardeau de la preuve qu’établit le régime législatif.

La question à trancher est celle de savoir si la Commission était tenue à l’application d’un critère excluant le recul et présumant la prudence pour décider si les dépenses de rémunération du personnel étaient justes et raisonnables. Le critère de l’investissement prudent — ou contrôle de la prudence — offre aux organismes de réglementation un moyen valable et largement reconnu d’apprécier le caractère juste et raisonnable des paiements sollicités par un service public. Toutefois, aucun élément du régime législatif n’appuie l’idée que la Commission devrait être tenue en droit, suivant la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*, d’appliquer le critère de la prudence de sorte que la seule décision de ne pas l’appliquer pour apprécier des dépenses convenues rendrait déraisonnable sa décision sur les paiements. Lorsqu’un texte législatif — telle la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* en Ontario — exige seulement qu’il fixe des paiements « justes et raisonnables », l’organisme de réglementation peut avoir recours à divers moyens d’analyse pour apprécier le caractère juste et raisonnable des paiements sollicités par le service public. Cela est particulièrement vrai lorsque, comme en l’espèce, l’organisme de réglementation se voit accorder expressément un pouvoir discrétionnaire quant à la méthode à appliquer pour fixer les paiements.

Lorsque l’organisme de réglementation possède un pouvoir discrétionnaire quant à la méthode à employer, la qualification des dépenses — « prévues » ou « convenues » — peut constituer une étape importante pour statuer sur le caractère raisonnable de la méthode retenue. Dans la présente affaire, il convient mieux de voir dans

as partly committed costs and partly costs subject to management discretion. They are partly committed because they resulted from collective agreements entered into between OPG and two of its unions, and partly subject to management discretion because OPG retained some flexibility to manage total staffing levels in light of, among other things, projected attrition of the workforce. It is not reasonable to treat these costs as entirely forecast. However, the Board was not bound to apply a particular prudence test in evaluating these costs. It is not necessarily unreasonable, in light of the particular regulatory structure established by the *Ontario Energy Board Act, 1998*, for the Board to evaluate committed costs using a method other than a no-hindsight prudence review. Applying a presumption of prudence would have conflicted with the burden of proof in the *Ontario Energy Board Act, 1998* and would therefore not have been reasonable. The question of whether it was reasonable to assess a particular cost using hindsight should turn instead on the circumstances of that cost.

In this case, the nature of the disputed costs and the environment in which they arose provide a sufficient basis to find that the Board did not act unreasonably in not applying the prudent investment test in determining whether it would be just and reasonable to compensate OPG for these costs and disallowing them. Since the costs at issue are operating costs, there is little danger that a disallowance of these costs will have a chilling effect on OPG's willingness to incur operating costs in the future, because costs of the type disallowed here are an inescapable element of operating a utility. Further, the costs at issue arise in the context of an ongoing repeat-player relationship between OPG and its employees. Such a context supports the reasonableness of a regulator's decision to weigh all evidence it finds relevant in striking a just and reasonable balance between the utility and consumers, rather than confining itself to a no-hindsight approach. There is no dispute that collective agreements are "immutable" between employees and the utility. However, if the legislature had intended for costs under collective agreements to also be inevitably imposed on consumers, it would not have seen fit to grant the Board oversight of utility compensation costs. The Board's decision in no way purports to force OPG to break its contractual commitments to unionized employees. It was not unreasonable

les dépenses de rémunération dont le recouvrement a été refusé à raison de 145 millions de dollars en partie des dépenses convenues et en partie des dépenses relevant du pouvoir discrétionnaire de la direction. Elles sont en partie convenues parce qu'elles résultent de conventions collectives intervenues entre OPG et deux de ses syndicats, et elles relèvent en partie de la discrétion de la direction parce qu'OPG conservait une certaine marge de manœuvre dans la gestion des niveaux de dotation globale compte tenu, entre autres, de l'attrition projetée de l'effectif. Il est déraisonnable de considérer qu'il s'agit en totalité de dépenses prévues. Cependant, la Commission n'était pas tenue d'appliquer un principe de prudence donné pour apprécier ces dépenses. Il n'est pas nécessairement déraisonnable, à la lumière du cadre réglementaire établi par la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*, que la Commission se prononce sur les dépenses convenues en employant une autre méthode que l'application d'un critère de prudence qui exclut le recul. Présumer la prudence aurait été incompatible avec le fardeau de la preuve que prévoit la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* et, de ce fait, déraisonnable. Qu'il soit raisonnable ou non d'apprécier certaines dépenses avec recul devrait plutôt dépendre des circonstances de la décision dont s'originent ces dépenses.

Dans la présente affaire, la nature des dépenses litigieuses et le contexte dans lequel elles ont vu le jour permettent de conclure que la Commission n'a pas agi de manière déraisonnable en n'appliquant pas le critère de l'investissement prudent pour décider s'il était juste et raisonnable d'indemniser OPG de ces dépenses et en refusant le recouvrement de celles-ci. Puisque les dépenses en cause sont des dépenses d'exploitation, il est peu probable que le refus essuyé dissuade OPG de faire de telles dépenses à l'avenir, car les dépenses de la nature de celles dont le recouvrement a été refusé sont inhérentes à l'exploitation d'un service public. Aussi, les dépenses en cause découlent d'une relation continue entre OPG et ses employés. Pareil contexte milite en faveur du caractère raisonnable de la décision de l'organisme de réglementation de soupeser toute preuve qu'il juge pertinente aux fins d'établir un équilibre juste et raisonnable entre le service public et les consommateurs, au lieu de s'en tenir à une approche excluant le recul. Nul ne conteste que les conventions collectives intervenues entre le service public et ses employés sont « immuables ». Toutefois, si le législateur avait voulu que les dépenses qui en sont issues se répercutent inévitablement sur les consommateurs, il n'aurait pas jugé opportun d'investir la Commission du pouvoir de surveiller les dépenses de

for the Board to adopt a mixed approach that did not rely on quantifying the exact share of compensation costs that fell into the forecast and committed categories. Such an approach represents an exercise of the Board's methodological discretion in addressing a challenging issue where these costs did not fit easily into one category or the other.

The Board's disallowance may have adversely impacted OPG's ability to earn its cost of capital in the short run. Nevertheless, the disallowance was intended to send a clear signal that OPG must take responsibility for improving its performance. Such a signal may, in the short run, provide the necessary impetus for OPG to bring its compensation costs in line with what, in the Board's opinion, consumers should justly expect to pay for an efficiently provided service. Sending such a signal is consistent with the Board's market proxy role and its objectives under s. 1 of the *Ontario Energy Board Act, 1998*.

Per Abella J. (dissenting): The Board's decision was unreasonable because the Board failed to apply the methodology set out for itself for evaluating just and reasonable payment amounts. It both ignored the legally binding nature of the collective agreements between Ontario Power Generation and the unions and failed to distinguish between committed compensation costs and those that were reducible.

The Board stated in its reasons that it would use two kinds of review in order to determine just and reasonable payment amounts. As to "forecast costs", that is, those over which a utility retains discretion and can still be reduced or avoided, the Board explained that it would review such costs using a wide range of evidence, and that the onus would be on the utility to demonstrate that its forecast costs were reasonable. A different approach, however, would be applied to those costs the company could not "take action to reduce". These costs, sometimes called "committed costs", represent binding commitments that leave a utility with no discretion about whether to make the payment. The Board explained that it would evaluate these costs using a "prudence review". The application of a prudence review does not shield

rémunération d'un service public. La Commission n'entend aucunement, par sa décision, contraindre OPG à se soustraire à ses engagements contractuels envers ses employés syndiqués. Il n'était pas déraisonnable que la Commission opte pour une démarche hybride qui ne se fonde pas sur la répartition exacte des dépenses de rémunération entre celles qui sont prévues et celles qui sont convenues. Pareille démarche correspond à un exercice du pouvoir discrétionnaire de la Commission sur le plan méthodologique lorsqu'elle est appelée à se prononcer sur une question épineuse et que les dépenses en cause ne sont pas aisément assimilables à l'une ou l'autre de ces catégories.

Le refus de la Commission a pu nuire à la possibilité qu'OPG obtienne à court terme l'équivalent de son coût du capital. Toutefois, il visait à signifier clairement à OPG qu'il lui incombe d'accroître sa performance. L'envoi d'un tel message peut, à court terme, donner à OPG l'impulsion nécessaire pour rapprocher ses dépenses de rémunération de ce que, selon la Commission, les consommateurs devraient à bon droit s'attendre à payer pour la prestation efficace du service. L'envoi d'un tel message est conforme au rôle de substitut du marché de la Commission et à ses objectifs selon l'article premier de la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*.

La juge Abella (dissidente) : La Commission a rendu une décision déraisonnable en ce qu'elle n'a pas appliqué la méthode qu'elle avait elle-même établie pour déterminer le montant de paiements justes et raisonnables. Elle a à la fois méconnu le caractère contraignant en droit des conventions collectives liant Ontario Power Generation et les syndicats et omis de distinguer les dépenses de rémunération convenues de celles qui étaient réductibles.

Dans ses motifs, la Commission a dit recourir à deux examens pour arrêter le montant de paiements justes et raisonnables. En ce qui concerne les « dépenses prévues », soit celles à l'égard desquelles le service public conserve un pouvoir discrétionnaire et qu'il peut toujours réduire ou éviter, la Commission a expliqué qu'elle examinait ces dépenses au regard d'une vaste gamme d'éléments de preuve et qu'il incombait au service public d'en démontrer le caractère raisonnable. Cependant, une démarche différente était suivie pour les dépenses à l'égard desquelles la société ne pouvait « prendre de mesures de réduction ». Ces dépenses, parfois appelées « dépenses convenues », résultent d'obligations contractuelles qui excluent tout pouvoir discrétionnaire permettant au service public de ne pas les acquitter. La Commission a expliqué

these costs from scrutiny, but it does include a presumption that the costs were prudently incurred.

Rather than apply the methodology it set out for itself, however, the Board assessed *all* compensation costs in Ontario Power Generation's collective agreements as adjustable forecast costs, without determining whether any of them were costs for which there is no opportunity for the company to take action to reduce. The Board's failure to separately assess the compensation costs committed as a result of the collective agreements from other compensation costs, ignored not only its own methodological template, but labour law as well.

The compensation costs for approximately 90 per cent of Ontario Power Generation's regulated workforce were established through legally binding collective agreements which obligated the utility to pay fixed levels of compensation, regulated staffing levels, and provided unionized employees with employment security. The obligations contained in these collective agreements were immutable and legally binding commitments. The agreements therefore did not just leave the utility with limited flexibility regarding overall compensation or staffing levels, they made it *illegal* for the utility to alter the compensation and staffing levels of 90 per cent of its regulated workforce in a manner that was inconsistent with its commitments under the agreements.

The Board, however, applying the methodology it said it would use for the utility's forecast costs, put the onus on Ontario Power Generation to prove the reasonableness of all its compensation costs and concluded that it had failed to provide compelling evidence or documentation or analysis to justify compensation levels. Had the Board used the approach it said it would use for costs the company had no opportunity to reduce, it would have used an after-the-fact prudence review, with a rebuttable presumption that the utility's expenditures were reasonable.

It may well be that Ontario Power Generation has the ability to manage some staffing levels through attrition or other mechanisms that did not breach the utility's commitments under its collective agreements, and that these costs may therefore properly be characterized as forecast

qu'elle appréciait ces dépenses en se livrant à un « contrôle de la prudence ». L'application du principe de la prudence ne soustrait pas ces dépenses à tout examen, mais elle présume que les dépenses ont été faites de manière prudente.

Toutefois, au lieu d'appliquer la méthode qu'elle avait elle-même établie, la Commission a considéré *toutes* les dépenses de rémunération issues des conventions collectives d'Ontario Power Generation comme des dépenses prévues ajustables sans se demander s'il s'agissait en partie de dépenses pour lesquelles la société ne pouvait prendre de mesures de réduction. Par son omission d'apprécier les dépenses de rémunération issues des conventions collectives séparément des autres dépenses de rémunération, la Commission a méconnu à la fois son propre cadre méthodologique et le droit du travail.

Les dépenses de rémunération visant environ 90 p. 100 de l'effectif obligatoire d'Ontario Power Generation étaient établies par des conventions collectives contraignantes en droit qui imposaient des barèmes de rémunération fixes, qui déterminaient les niveaux de dotation et qui garantissaient la sécurité d'emploi des employés syndiqués. Les obligations contractées dans ces conventions collectives constituaient des engagements immuables ayant force obligatoire. Ces conventions ne laissaient pas seulement au service public peu de marge de manœuvre quant aux barèmes de rémunération et aux niveaux de dotation dans leur ensemble, elles rendaient *illégal* la modification par le service public — d'une manière incompatible avec les engagements qu'il y prenait — des barèmes de rémunération et des niveaux de dotation quant à 90 p. 100 de son effectif obligatoire.

Or, en appliquant la méthode qu'elle avait dit qu'elle utiliserait à l'égard des dépenses prévues du service public, la Commission a en fait obligé Ontario Power Generation à prouver le caractère raisonnable de toutes ses dépenses de rémunération et a conclu que l'entreprise n'avait présenté ni preuve convaincante, ni documents ou analyses qui justifiaient les barèmes de rémunération. Si elle avait eu recours à l'approche qu'elle avait dit qu'elle utiliserait pour les dépenses à l'égard desquelles la société ne pouvait « prendre de mesures de réduction », la Commission aurait contrôlé la prudence des dépenses après coup et appliqué la présomption réfutable selon laquelle elles étaient raisonnables.

Il se peut fort bien qu'Ontario Power Generation puisse modifier certains niveaux de dotation par voie d'attrition ou grâce à d'autres mécanismes qui ne vont pas à l'encontre de ses obligations suivant les conventions collectives. Il se peut fort bien aussi que les dépenses puissent

costs. But no factual findings were made by the Board about the extent of any such flexibility. There is in fact no evidence in the record, nor any evidence cited in the Board's decision, setting out what proportion of Ontario Power Generation's compensation costs were fixed and what proportion remained subject to the utility's discretion. Given that collective agreements are legally binding, it was unreasonable for the Board to assume that Ontario Power Generation could reduce the costs fixed by these contracts in the absence of any evidence to that effect.

Selecting a test which is more likely to confirm the Board's assumption that collectively-bargained costs are excessive, misconceives the point of the exercise, namely, to determine whether those costs were in fact excessive. Blaming collective bargaining for what are *assumed* to be excessive costs, imposes the appearance of an ideologically-driven conclusion on what is intended to be a principled methodology based on a distinction between committed and forecast costs, not between costs which are collectively bargained and those which are not. While the Board has wide discretion to fix payment amounts that are just and reasonable and, subject to certain limitations, to establish the methodology used to determine such amounts, once the Board establishes a methodology, it is, at the very least, required to faithfully apply it.

Absent methodological clarity and predictability, Ontario Power Generation would be unable to know how to determine what expenditures and investments to make and how to present them to the Board for review. Wandering sporadically from approach to approach, or failing to apply the methodology it declares itself to be following, creates uncertainty and leads, inevitably, to needlessly wasting public time and resources in constantly having to anticipate and respond to moving regulatory targets. Whether or not one can fault the Board for failing to use a particular methodology, what the Board can unquestionably be analytically faulted for, is evaluating all compensation costs fixed by collective agreements as being amenable to adjustment. Treating these compensation costs as reducible was unreasonable.

donc être assimilées à juste titre à des dépenses prévues. La Commission n'a toutefois tiré aucune conclusion de fait sur l'étendue d'une telle marge de manœuvre. En fait, aucun élément du dossier ou de la preuve invoquée par la Commission n'indique dans quelle proportion les dépenses de rémunération d'Ontario Power Generation étaient fixes et dans quelle proportion elles demeuraient assujetties au pouvoir discrétionnaire du service public. Comme les conventions collectives sont contraignantes en droit, il était déraisonnable que la Commission présume qu'Ontario Power Generation pouvait réduire les dépenses déterminées par ces contrats en l'absence de toute preuve en ce sens.

En choisissant un critère éminemment susceptible de confirmer l'hypothèse de la Commission selon laquelle les dépenses issues de négociations collectives sont excessives, on se méprend sur l'objectif de la démarche, qui est de déterminer si ces dépenses étaient bel et bien excessives. Imputer à la négociation collective ce que l'on *suppose* constituer des dépenses excessives revient à substituer ce qui a l'apparence d'une conclusion idéologique à ce qui est censé résulter d'une méthode d'analyse raisonnée qui distingue entre les dépenses convenues et les dépenses prévues, non entre les dépenses issues de négociations collectives et celles qui ne le sont pas. Même si la Commission jouit d'un vaste pouvoir discrétionnaire lui permettant de déterminer les paiements qui sont justes et raisonnables et, à l'intérieur de certaines limites, de définir la méthode utilisée pour établir le montant de ces paiements, dès lors qu'elle a établi une telle méthode, elle doit à tout le moins l'appliquer avec constance.

En l'absence de clarté et de prévisibilité quant à la méthode à appliquer, Ontario Power Generation ne peut savoir comment déterminer les dépenses et les investissements à faire et de quelle manière les soumettre à l'examen de la Commission. Passer sporadiquement d'une approche à une autre ou ne pas appliquer la méthode que l'on prétend appliquer crée de l'incertitude et mène inévitablement au gaspillage inutile du temps et des ressources publics en ce qu'il faut constamment anticiper un objectif réglementaire fluctuant et s'y ajuster. On peut reprocher ou non à la Commission de ne pas avoir appliqué une certaine méthode, mais on peut assurément lui reprocher, sur le plan analytique, d'avoir considéré toutes les dépenses de rémunération déterminées par des conventions collectives comme des dépenses ajustables. Voir dans ces dépenses des dépenses réductibles est à mon sens déraisonnable.

The appeal should accordingly be dismissed, the Board's decision set aside, and the matter remitted to the Board for reconsideration.

Cases Cited

By Rothstein J.

Considered: *Enbridge Gas Distribution Inc. v. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4; *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684; **referred to:** *Toronto Hydro-Electric System Ltd. v. Ontario (Energy Board)*, 2010 ONCA 284, 99 O.R. (3d) 481; *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1929] S.C.R. 186; *TransCanada Pipelines Ltd. v. National Energy Board*, 2004 FCA 149, 319 N.R. 171; *Ontario Power Generation Inc. (Re)*, EB-2007-0905, November 3, 2008 (online: <http://www.ontarioenergyboard.ca/>); *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *B.C.G.E.U. v. Indust. Rel. Council* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 145; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, 2001 SCC 4, [2001] 1 S.C.R. 221; *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952; *Ontario (Children's Lawyer) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2005), 75 O.R. (3d) 309; *Canada (Attorney General) v. Quadrini*, 2010 FCA 246, [2012] 2 F.C.R. 3; *Leon's Furniture Ltd. v. Information and Privacy Commissioner (Alta.)*, 2011 ABCA 94, 502 A.R. 110; *Henthorne v. British Columbia Ferry Services Inc.*, 2011 BCCA 476, 344 D.L.R. (4th) 292; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1386 v. Bransen Construction Ltd.*, 2002 NBCA 27, 249 N.B.R. (2d) 93; *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161; *Bell Canada v. Bell Aliant Regional Communications*, 2009 SCC 40, [2009] 2 S.C.R. 764; *Re General Increase in Freight Rates* (1954), 76 C.R.T.C. 12; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *State of Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. v. Public Service Commission of Missouri*, 262 U.S. 276 (1923); *Duquesne Light Co. v. Barasch*, 488 U.S. 299 (1989); *U.S. West Communications, Inc. v. Public Service Commission of Utah*, 901 P.2d 270 (1995); *British Columbia Electric Railway Co. v. Public Utilities Commission of British Columbia*, [1960] S.C.R.

Je serais donc d'avis de rejeter le pourvoi, d'annuler la décision de la Commission et de renvoyer l'affaire à la Commission pour réexamen.

Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

Arrêts examinés : *Enbridge Gas Distribution Inc. c. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4; *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; **arrêts mentionnés :** *Toronto Hydro-Electric System Ltd. c. Ontario (Energy Board)*, 2010 ONCA 284, 99 O.R. (3d) 481; *Northwestern Utilities Ltd. c. City of Edmonton*, [1929] R.C.S. 186; *TransCanada Pipelines Ltd. c. Office national de l'Énergie*, 2004 CAF 149; *Ontario Power Generation Inc. (Re)*, EB-2007-0905, November 3, 2008 (en ligne : <http://www.ontarioenergyboard.ca/>); *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *B.C.G.E.U. c. Indust. Rel. Council* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 145; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, 2001 CSC 4, [2001] 1 R.C.S. 221; *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952; *Ontario (Children's Lawyer) c. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2005), 75 O.R. (3d) 309; *Canada (Procureur général) c. Quadrini*, 2010 CAF 246, [2012] 2 R.C.F. 3; *Leon's Furniture Ltd. c. Information and Privacy Commissioner (Alta.)*, 2011 ABCA 94, 502 A.R. 110; *Henthorne c. British Columbia Ferry Services Inc.*, 2011 BCCA 476, 344 D.L.R. (4th) 292; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1386 c. Bransen Construction Ltd.*, 2002 NBCA 27, 249 R.N.-B. (2^e) 93; *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161; *Bell Canada c. Bell Aliant Communications régionales*, 2009 CSC 40, [2009] 2 R.C.S. 764; *Re General Increase in Freight Rates* (1954), 76 C.R.T.C. 12; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *State of Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. c. Public Service Commission of Missouri*, 262 U.S. 276 (1923); *Duquesne Light Co. c. Barasch*, 488 U.S. 299 (1989); *U.S. West Communications, Inc. c. Public Service Commission of Utah*, 901 P.2d 270 (1995); *British Columbia Electric Railway Co. c. Public Utilities Commission of British Columbia*, [1960]

837; *Nova Scotia Power Inc., Re*, 2005 NSUARB 27; *Nova Scotia Power Inc. (Re)*, 2012 NSUARB 227.

R.C.S. 837; *Nova Scotia Power Inc., Re*, 2005 NSUARB 27; *Nova Scotia Power Inc. (Re)*, 2012 NSUARB 227.

By Abella J. (dissenting)

Verizon Communications Inc. v. Federal Communications Commission, 535 U.S. 467 (2002); *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1929] S.C.R. 186; *State of Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. v. Public Service Commission of Missouri*, 262 U.S. 276 (1923); *Enersource Hydro Mississauga Inc. (Re)*, 2012 LNONOEB 373 (QL); *Enbridge Gas Distribution Inc. (Re)*, 2002 LNONOEB 4 (QL); *Enbridge Gas Distribution Inc. v. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4; *Ontario Power Generation v. Society of Energy Professionals*, [2011] O.L.A.A. No. 117 (QL); *TransCanada Pipelines Ltd. v. National Energy Board*, 2004 FCA 149, 319 N.R. 171.

Statutes and Regulations Cited

Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, ss. 56, 69.
Nuclear Safety and Control Act, S.C. 1997, c. 9.
Ontario Energy Board Act, 1998, S.O. 1998, c. 15, Sch. B, ss. 1, 33(3), 78.1.
Payments Under Section 78.1 of the Act, O. Reg. 53/05, ss. 3, 6.
Public Utilities Act, R.S.B.C. 1948, c. 277 [rep. 1973, c. 29, s. 187], s. 16(1)(b).

Authors Cited

Burns, Robert E., et al. *The Prudent Investment Test in the 1980s*, report NRRI-84-16. Columbus, Ohio: National Regulatory Research Institute, April 1985.
 Chaykowski, Richard P. *An Assessment of the Industrial Relations Context and Outcomes at OPG*, file No. EB-2013-0321, exhibit F4-03-01, attachment 1, September 2013 (online: http://www.opg.com/about/regulatory-affairs/Documents/2014-2015/F4-03-01_Attachment%201.pdf).
 Clark, Ron W., Scott A. Stoll and Fred D. Cass. *Ontario Energy Law: Electricity*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.
 Falzon, Frank A. V. “Tribunal Standing on Judicial Review” (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 21.
 Jacobs, Laverne A., and Thomas S. Kuttner. “Discovering What Tribunals Do: Tribunal Standing Before the Courts” (2002), 81 *Can. Bar Rev.* 616.

Citée par la juge Abella (dissidente)

Verizon Communications Inc. c. Federal Communications Commission, 535 U.S. 467 (2002); *Northwestern Utilities Ltd. c. City of Edmonton*, [1929] R.C.S. 186; *State of Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. c. Public Service Commission of Missouri*, 262 U.S. 276 (1923); *Enersource Hydro Mississauga Inc. (Re)*, 2012 LNONOEB 373 (QL); *Enbridge Gas Distribution Inc. (Re)*, 2002 LNONOEB 4 (QL); *Enbridge Gas Distribution Inc. c. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4; *Ontario Power Generation c. Society of Energy Professionals*, [2011] O.L.A.A. No. 117 (QL); *TransCanada Pipelines Ltd. c. Office national de l'Énergie*, 2004 CAF 149.

Lois et règlements cités

Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, c. 1, ann. A, art. 56, 69.
Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario, L.O. 1998, c. 15, ann. B, art. 1, 33(3), 78.1.
Loi sur la sûreté et la réglementation nucléaires, L.C. 1997, c. 9.
Payments Under Section 78.1 of the Act, O. Reg. 53/05, art. 3, 6.
Public Utilities Act, R.S.B.C. 1948, c. 277 [abr. 1973, c. 29, art. 187], art. 16(1)(b).

Doctrine et autres documents cités

Burns, Robert E., et al. *The Prudent Investment Test in the 1980s*, report NRRI-84-16, Columbus (Ohio), National Regulatory Research Institute, April 1985.
 Chaykowski, Richard P. *An Assessment of the Industrial Relations Context and Outcomes at OPG*, file No. EB-2013-0321, exhibit F4-03-01, attachment 1, September 2013 (en ligne : http://www.opg.com/about/regulatory-affairs/Documents/2014-2015/F4-03-01_Attachment%201.pdf).
 Clark, Ron W., Scott A. Stoll and Fred D. Cass. *Ontario Energy Law : Electricity*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2012.
 Falzon, Frank A. V. « Tribunal Standing on Judicial Review » (2008), 21 *R.C.D.A.P.* 21.
 Jacobs, Laverne A., and Thomas S. Kuttner. « Discovering What Tribunals Do : Tribunal Standing Before the Courts » (2002), 81 *R. du B. can.* 616.

Kahn, Jonathan. “Keep *Hope* Alive: Updating the Prudent Investment Standard for Allocating Nuclear Plant Cancellation Costs” (2010), 22 *Fordham Envtl. L. Rev.* 43.

Mullan, David. “Administrative Law and Energy Regulation”, in Gordon Kaiser and Bob Heggie, eds., *Energy Law and Policy*. Toronto: Carswell, 2011, 35.

Ontario. Office of the Auditor General of Ontario. *2011 Annual Report*. Toronto: Queen’s Printer, 2011.

Reid, Laurie, and John Todd. “New Developments in Rate Design for Electricity Distributors”, in Gordon Kaiser and Bob Heggie, eds., *Energy Law and Policy*. Toronto: Carswell, 2011, 519.

Simple, Noel. “The Case for Tribunal Standing in Canada” (2007), 20 *C.J.A.L.P.* 305.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Rosenberg, Goudge and Blair JJ.A.), 2013 ONCA 359, 116 O.R. (3d) 793, 365 D.L.R. (4th) 247, 307 O.A.C. 109, [2013] O.J. No. 3917 (QL), 2013 CarswellOnt 9792 (WL Can.), setting aside a decision of the Divisional Court (Aitken, Swinton and Hoy JJ.), 2012 ONSC 729, 109 O.R. (3d) 576, 347 D.L.R. (4th) 355, [2012] O.J. No. 862 (QL), 2012 CarswellOnt 2710 (WL Can.), and setting aside a decision of the Ontario Energy Board, EB-2010-0008, March 10, 2011 (online: <http://www.ontarioenergyboard.ca/>), 2011 LNONOEB 57 (QL), 2011 CarswellOnt 3723 (WL Can.). Appeal allowed, Abella J. dissenting.

Glenn Zacher, Patrick Duffy and James Wilson, for the appellant.

John B. Laskin, Crawford Smith, Myriam Seers and Carlton Mathias, for the respondent Ontario Power Generation Inc.

Richard P. Stephenson and Emily Lawrence, for the respondent the Power Workers’ Union, Canadian Union of Public Employees, Local 1000.

Paul J. J. Cavalluzzo and Amanda Darrach, for the respondent the Society of Energy Professionals.

Mark Rubenstein, for the intervener.

Kahn, Jonathan. « Keep *Hope* Alive : Updating the Prudent Investment Standard for Allocating Nuclear Plant Cancellation Costs » (2010), 22 *Fordham Envtl. L. Rev.* 43.

Mullan, David. « Administrative Law and Energy Regulation », in Gordon Kaiser and Bob Heggie, eds., *Energy Law and Policy*, Toronto, Carswell, 2011, 35.

Ontario. Bureau du vérificateur général de l’Ontario. *Rapport annuel 2011*, Toronto, Imprimeur de la Reine, 2011.

Reid, Laurie, and John Todd. « New Developments in Rate Design for Electricity Distributors », in Gordon Kaiser and Bob Heggie, eds., *Energy Law and Policy*, Toronto, Carswell, 2011, 519.

Simple, Noel. « The Case for Tribunal Standing in Canada » (2007), 20 *R.C.D.A.P.* 305.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Rosenberg, Goudge et Blair), 2013 ONCA 359, 116 O.R. (3d) 793, 365 D.L.R. (4th) 247, 307 O.A.C. 109, [2013] O.J. No. 3917 (QL), 2013 CarswellOnt 9792 (WL Can.), qui a infirmé une décision de la Cour divisionnaire (les juges Aitken, Swinton et Hoy), 2012 ONSC 729, 109 O.R. (3d) 576, 347 D.L.R. (4th) 355, [2012] O.J. No. 862 (QL), 2012 CarswellOnt 2710 (WL Can.), et une décision de la Commission de l’énergie de l’Ontario, EB-2010-0008, 10 mars 2011 (en ligne : <http://www.ontarioenergyboard.ca/>), 2011 LNONOEB 57 (QL), 2011 CarswellOnt 3723 (WL Can.). Pourvoi accueilli, la juge Abella est dissidente.

Glenn Zacher, Patrick Duffy et James Wilson, pour l’appelante.

John B. Laskin, Crawford Smith, Myriam Seers et Carlton Mathias, pour l’intimée Ontario Power Generation Inc.

Richard P. Stephenson et Emily Lawrence, pour l’intimé le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique, Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1000.

Paul J. J. Cavalluzzo et Amanda Darrach, pour l’intimée Society of Energy Professionals.

Mark Rubenstein, pour l’intervenante.

The judgment of McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ. was delivered by

[1] ROTHSTEIN J. — In Ontario, utility rates are regulated through a process by which a utility seeks approval from the Ontario Energy Board (“Board”) for costs the utility has incurred or expects to incur in a specified period of time. Where the Board approves of costs, they are incorporated into utility rates such that the utility receives payment amounts to cover the approved expenditures. This case concerns the decision of the Board to disallow certain payment amounts applied for by Ontario Power Generation Inc. (“OPG”) as part of its rate application covering the 2011-2012 operating period. Specifically, the Board disallowed \$145 million in labour compensation costs related to OPG’s nuclear operations on the grounds that OPG’s labour costs were out of step with those of comparable entities in the regulated power generation industry.

[2] OPG appealed the Board’s decision to the Ontario Divisional Court. A majority of the court dismissed the appeal and upheld the decision of the Board. OPG then appealed that decision to the Ontario Court of Appeal, which set aside the decisions of the Divisional Court and the Board and remitted the matter to the Board for redetermination in accordance with its reasons. The Board now appeals to this Court.

[3] OPG asserts that the Board’s decision to disallow these labour compensation costs was unreasonable. The crux of OPG’s argument is that the Board is legally required to compensate OPG for all of its prudently committed or incurred costs. OPG asserts that prudence in this context has a particular methodological meaning that requires the Board to assess the reasonableness of OPG’s decisions to incur or commit to costs at the time the decisions to incur or commit to the costs were made and that OPG ought to benefit from a presumption of prudence. Because the Board did not employ this prudence

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Gascon rendu par

[1] LE JUGE ROTHSTEIN — En Ontario, la tarification d’un service public est réglementée, de sorte que ce dernier doit obtenir de la Commission de l’énergie de l’Ontario (« Commission ») l’approbation des dépenses qu’il a faites ou qu’il prévoit faire pendant une période donnée. Lorsque cette approbation est obtenue, les tarifs sont rajustés de manière que l’entreprise touche des paiements qui correspondent à ses dépenses. Le présent pourvoi vise la décision de la Commission de refuser certains paiements à Ontario Power Generation Inc. (« OPG ») par suite de sa demande d’approbation de tarifs pour la période 2011-2012. Plus particulièrement, la Commission a refusé d’approuver des dépenses de 145 millions de dollars au titre de la rémunération du personnel affecté aux installations nucléaires au motif que le coût de la main-d’œuvre d’OPG était en rupture avec celui d’organismes comparables dans le secteur réglementé de la production d’énergie.

[2] OPG en a appelé devant la Cour divisionnaire de l’Ontario, dont les juges majoritaires ont rejeté l’appel et confirmé la décision de la Commission. OPG s’est alors adressée à la Cour d’appel de l’Ontario, qui a annulé les décisions de la Cour divisionnaire et de la Commission, puis renvoyé le dossier à la Commission afin qu’elle rende une nouvelle décision conforme à ses motifs. La Commission interjette aujourd’hui appel devant notre Cour.

[3] OPG soutient que le refus de la Commission d’approuver ces dépenses de rémunération de ses employés est déraisonnable. Sa thèse veut essentiellement que la Commission soit légalement tenue de l’indemniser de la totalité des dépenses faites ou convenues avec prudence. OPG prétend que, dans ce contexte, la prudence se définit selon une méthode particulière qui exige de la Commission qu’elle détermine si, au moment où elles ont été prises, les décisions de faire les dépenses ou de convenir des dépenses étaient raisonnables. Elle soutient en outre qu’une présomption de prudence

methodology, OPG argues that its decision was unreasonable.

[4] The Board argues that a particular “prudence test” methodology is not compelled by law, and that in any case the costs disallowed here were not “committed” nuclear compensation costs, but are better characterized as forecast costs.

[5] OPG also raises concerns regarding the Board’s role in acting as a party on appeal from its own decision. OPG argues that in this case, the Board’s aggressive and adversarial defence of its original decision was improper, and that the Board attempted to use the appeal to “bootstrap” its original decision by making additional arguments on appeal.

[6] The Board asserts that the scope of its authority to argue on appeal was settled when it was granted full party rights in connection with the granting of leave by this Court. Alternatively, the Board argues that the structure of utilities regulation in Ontario makes it necessary and important for it to argue the merits of its decisions on appeal.

[7] In my opinion, the labour compensation costs which led to the \$145 million disallowance are best understood as partly committed costs and partly costs subject to management discretion. They are partly committed because they resulted from collective agreements entered into between OPG and two of its unions, and partly subject to management discretion because OPG retained some flexibility to manage total staffing levels in light of, among other things, projected attrition of the workforce. It is not reasonable to treat these costs as entirely forecast. However, I do not agree with OPG that the Board was bound to apply a particular prudence test in evaluating these costs. The *Ontario Energy Board Act, 1998*, S.O. 1998, c. 15, Sch. B, and associated regulations give the Board broad latitude to determine the methodology it uses in assessing utility

doit s’appliquer à son bénéfice. La Commission n’ayant pas eu recours à pareille méthode pour se prononcer sur la prudence d’OPG, sa décision serait déraisonnable.

[4] La Commission rétorque que la loi ne l’oblige pas à employer quelque méthode pour appliquer le « principe de la prudence » et que, de toute manière, les dépenses de rémunération des employés du secteur nucléaire refusées en l’espèce n’étaient pas des dépenses « convenues », mais bien des dépenses prévues.

[5] OPG déplore par ailleurs que la Commission soit partie à l’appel de sa propre décision. Selon elle, la manière agressive et conflictuelle dont la Commission a défendu sa décision initiale n’était pas justifiée, et la Commission tente de se servir de l’appel pour « s’auto-justifier » en formulant de nouveaux arguments à l’appui de sa décision initiale.

[6] La Commission fait valoir que la Cour a circonscrit la faculté qu’elle avait de plaider en appel lorsqu’elle lui a reconnu tous les droits d’une partie au moment d’autoriser le pourvoi. Subsidiairement, elle soutient que la manière dont les services publics sont réglementés en Ontario fait en sorte qu’il est nécessaire et important qu’elle défende la justesse de ses décisions portées en appel.

[7] Il convient mieux, à mon sens, de voir dans les dépenses de rémunération qui ont été refusées à raison de 145 millions de dollars en partie des dépenses convenues et en partie des dépenses relevant du pouvoir discrétionnaire de la direction. Elles sont en partie convenues parce qu’elles résultent de conventions collectives intervenues entre OPG et deux syndicats, et elles relèvent en partie de la discrétion de la direction parce qu’OPG conserve une certaine marge de manœuvre dans la gestion des niveaux de dotation globale compte tenu, entre autres, de l’attrition projetée de l’effectif. Il est déraisonnable de considérer qu’il s’agit en totalité de dépenses prévues. Je ne crois cependant pas, malgré ce qu’affirme OPG, que la Commission était tenue d’appliquer un principe de prudence donné pour apprécier les dépenses. *La Loi de 1998 sur la*

costs, subject to the Board's ultimate duty to ensure that payment amounts it orders be just and reasonable to both the utility and consumers.

[8] In this case, the nature of the disputed costs and the environment in which they arose provide a sufficient basis to find that the Board did not act unreasonably in disallowing the costs.

[9] Regarding the Board's role on appeal, I do not find that the Board acted improperly in arguing the merits of this case, nor do I find that the arguments raised on appeal amount to impermissible "bootstrapping".

[10] Accordingly, I would allow the appeal, set aside the decision of the Court of Appeal, and reinstate the decision of the Board.

I. Regulatory Framework

[11] The *Ontario Energy Board Act, 1998* establishes the Board as a regulatory body with authority to oversee, among other things, electricity generation in the province of Ontario. Section 1 sets out the objectives of the Board in regulating electricity, which include:

1. (1) . . .

1. To protect the interests of consumers with respect to prices and the adequacy, reliability and quality of electricity service.
2. To promote economic efficiency and cost effectiveness in the generation, transmission, distribution, sale and demand management of electricity and to facilitate the maintenance of a financially viable electricity industry.

Accordingly, the Board must ensure that it regulates with an eye to balancing both consumer interests and the efficiency and financial viability of the

Commission de l'énergie de l'Ontario, L.O. 1998, c. 15, ann. B, et ses règlements connexes accordent à la Commission une grande latitude dans le choix d'une méthode pour apprécier les dépenses d'un service public, sous réserve de l'obligation de faire en sorte que, au final, les paiements qu'elle ordonne soient justes et raisonnables vis-à-vis à la fois du service public et du consommateur.

[8] Dans la présente affaire, la nature des dépenses litigieuses et le contexte dans lequel elles ont vu le jour permettent de conclure que la Commission n'a pas agi de manière déraisonnable en refusant de les approuver.

[9] En ce qui concerne la participation de la Commission au pourvoi, je ne crois pas qu'il soit inapproprié qu'elle défende la justesse de sa décision, ni que les arguments qu'elle invoque en appel équivalent à une « autojustification » inadmissible.

[10] Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la décision de la Cour d'appel et de rétablir la décision de la Commission.

I. Cadre réglementaire

[11] La *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* fait de la Commission un organisme de réglementation investi du pouvoir de surveiller, entre autres choses, la production d'électricité en Ontario. Son article premier énonce les objectifs de la Commission dans la réglementation de l'électricité, dont les suivants :

1. (1) . . .

1. Protéger les intérêts des consommateurs en ce qui concerne les prix, ainsi que la suffisance, la fiabilité et la qualité du service d'électricité.
2. Promouvoir l'efficacité économique et la rentabilité dans les domaines de la production, du transport, de la distribution et de la vente d'électricité ainsi que de la gestion de la demande d'électricité et faciliter le maintien d'une industrie de l'électricité financièrement viable.

La Commission doit donc s'acquitter de sa fonction de réglementation dans le souci d'établir un équilibre entre l'intérêt du consommateur, d'une part,

electricity industry. The Board's role has also been described as that of a "market proxy": 2012 ONSC 729, 109 O.R. (3d) 576, at para. 54; 2013 ONCA 359, 116 O.R. (3d) 793, at para. 38. In this sense, the Board's role is to emulate as best as possible the forces to which a utility would be subject in a competitive landscape: *Toronto Hydro-Electric System Ltd. v. Ontario (Energy Board)*, 2010 ONCA 284, 99 O.R. (3d) 481, at para. 48.

[12] One of the Board's most powerful tools to achieve its objectives is its authority to fix the amount of payments utilities receive in exchange for the provision of service. Section 78.1(5) of the *Ontario Energy Board Act, 1998* provides in relevant part:

(5) The Board may fix such other payment amounts as it finds to be just and reasonable,

- (a) on an application for an order under this section, if the Board is not satisfied that the amount applied for is just and reasonable; . . .

[13] Section 78.1(6) provides: ". . . the burden of proof is on the applicant in an application made under this section".

[14] As I read these provisions, the utility applies for payment amounts for a future period (called the "test period"). The Board will accept the payment amounts applied for unless the Board is not satisfied that the amounts are just and reasonable. Where the Board is not satisfied, s. 78.1(5) empowers it to fix other payment amounts which it finds to be just and reasonable.

[15] This Court has had the occasion to consider the meaning of similar statutory language in *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1929] S.C.R. 186. In that case, the Court held that "fair and reasonable" rates were those "which, under the circumstances, would be fair to the consumer on

et l'efficacité et la viabilité financière du secteur de l'électricité, d'autre part. On lui attribue aussi un rôle de « substitut du marché » (2012 ONSC 729, 109 O.R. (3d) 576, par. 54; 2013 ONCA 359, 116 O.R. (3d) 793, par. 38). Sa fonction consiste alors à reproduire au mieux les forces auxquelles serait soumis un service public dans un contexte concurrentiel (*Toronto Hydro-Electric System Ltd. c. Ontario (Energy Board)*, 2010 ONCA 284, 99 O.R. (3d) 481, par. 48).

[12] L'un des leviers les plus puissants dont dispose la Commission pour atteindre ses objectifs réside dans son pouvoir de fixer le montant des paiements que touche l'entreprise pour la prestation du service. Voici l'extrait pertinent du par. 78.1(5) de la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* :

(5) La Commission peut fixer les autres paiements qu'elle estime justes et raisonnables :

- a) dans le cadre d'une requête en vue d'obtenir une ordonnance prévue au présent article, si elle n'est pas convaincue que le montant du paiement qui fait l'objet de la requête est juste et raisonnable; . . .

[13] Le paragraphe 78.1(6) dispose pour sa part : « . . . le fardeau de la preuve incombe au requérant dans une requête présentée en vertu du présent article ».

[14] Suivant mon interprétation de ces dispositions, le service public demande des paiements pour une période à venir (appelée « période de référence »). La Commission fait droit à la demande, sauf lorsqu'elle n'est pas convaincue que les paiements demandés sont justes et raisonnables. Lorsqu'elle n'en est pas convaincue, le par. 78.1(5) lui permet de déterminer les paiements qui lui paraissent justes et raisonnables.

[15] Dans l'arrêt *Northwestern Utilities Ltd. c. City of Edmonton*, [1929] R.C.S. 186, la Cour a eu l'occasion de se prononcer sur le sens d'un libellé législatif semblable. Elle a alors statué que la tarification « juste et raisonnable » était celle [TRADUCTION] « qui, dans les circonstances, était juste pour le

the one hand, and which, on the other hand, would secure to the company a fair return for the capital invested” (pp. 192-93).

[16] This means that the utility must, over the long run, be given the opportunity to recover, through the rates it is permitted to charge, its operating and capital costs (“capital costs” in this sense refers to all costs associated with the utility’s invested capital). This case is concerned primarily with operating costs. If recovery of operating costs is not permitted, the utility will not earn its cost of capital, which represents the amount investors require by way of a return on their investment in order to justify an investment in the utility. The required return is one that is equivalent to what they could earn from an investment of comparable risk. Over the long run, unless a regulated utility is allowed to earn its cost of capital, further investment will be discouraged and it will be unable to expand its operations or even maintain existing ones. This will harm not only its shareholders, but also its customers: *TransCanada Pipelines Ltd. v. National Energy Board*, 2004 FCA 149, 319 N.R. 171.

[17] This of course does not mean that the Board must accept every cost that is submitted by the utility, nor does it mean that the rate of return to equity investors is guaranteed. In the short run, return on equity may vary, for example if electricity consumption by the utility’s customers is higher or lower than predicted. Similarly, a disallowance of any operating costs to which the utility has committed itself will negatively impact the return to equity investors. I do not intend to enter into a detailed analysis of how the cost of equity capital should be treated by utility regulators, but merely to observe that any disallowance of costs to which a utility has committed itself has an effect on equity investor returns. This effect must be carefully considered in light of the long-run necessity that utilities be able to attract investors and retain earnings in order to survive and operate efficiently and effectively, in accordance with the statutory objectives of the Board in regulating electricity in Ontario.

consommateur, d’une part, et qui permettait à l’entreprise d’obtenir un juste rendement sur les capitaux investis, d’autre part » (p. 192-193).

[16] Dès lors, le service public doit pouvoir à long terme recouvrer, grâce à la tarification approuvée, ses dépenses d’exploitation et ses coûts en capital, ces derniers s’entendant alors de tous les coûts liés aux capitaux investis par le service public. Le pourvoi vise principalement les dépenses d’exploitation. Si leur recouvrement n’est pas autorisé, le service public n’obtient pas l’équivalent du coût du capital, soit le rendement exigé par les investisseurs pour investir dans le service public. Le rendement exigé équivaut à celui qu’ils pourraient réaliser sur un investissement comportant un risque comparable. À long terme, à moins que le service public réglementé ne puisse obtenir l’équivalent du coût du capital, les nouveaux investissements seront découragés et l’entreprise ne pourra accroître ses activités, ni même les poursuivre. Ce sont non seulement ses actionnaires, mais aussi ses clients, qui en souffriront (*TransCanada Pipelines Ltd. c. Office national de l’Énergie*, 2004 CAF 149).

[17] Évidemment, la Commission n’est pas tenue pour autant d’accepter toute dépense avancée par le service public, et le rendement obtenu par les actionnaires n’est pas non plus garanti. À court terme, ce rendement peut fluctuer, notamment lorsque la consommation d’électricité est supérieure ou inférieure à celle prévue. De même, le refus d’approuver des dépenses d’exploitation dont le service public a convenu aura un effet défavorable sur le rendement des actions. Je n’entends pas me livrer à une analyse détaillée de la manière dont le coût du capital-actions devrait être considéré par les organismes qui réglementent les services publics, mais seulement faire observer que tout refus d’approuver une dépense dont un service public a convenu a un effet sur le rendement des actions. Cet effet justifie une grande attention au vu de la nécessité qu’un service public attire les investissements à long terme et réinvestisse ses bénéfices afin de survivre et de fonctionner de manière efficace et rentable, conformément aux objectifs légaux de la Commission applicables à la réglementation de l’électricité en Ontario.

[18] As noted above, the burden is on the utility to satisfy the Board that the payment amounts it applies for are just and reasonable. If it fails to do so, the Board may disallow the portion of the application that it finds is not for amounts that are just and reasonable.

[19] Where applied-for operating costs are disallowed, the utility, if it is able to do so, may forego the expenditure of such costs. Where the expenditure cannot be foregone, the shareholders of the utility will have to absorb the reduction in the form of receiving less than their anticipated rate of return on their investment, i.e. the utility's cost of equity capital. In such circumstances it will be the management of the utility that will be responsible in the future for bringing its costs into line with what the Board considers just and reasonable.

[20] In order to ensure that the balance between utilities' and consumers' interests is struck, just and reasonable rates must be those that ensure consumers are paying what the Board expects it to cost to efficiently provide the services they receive, taking account of both operating and capital costs. In that way, consumers may be assured that, overall, they are paying no more than what is necessary for the service they receive, and utilities may be assured of an opportunity to earn a fair return for providing those services.

II. Facts

[21] OPG is Ontario's largest energy generator, and is subject to rate regulation by the Board. OPG came into being in 1999 as one of the successor corporations to Ontario Hydro. It operates Board-regulated nuclear and hydroelectric facilities that generate approximately half of Ontario's electricity. Its sole shareholder is the Province of Ontario.

[22] It employs approximately 10,000 people in connection with its regulated facilities, 95 percent of whom work in its nuclear business. Approximately 90 percent of its employees in its regulated

[18] Rappelons qu'il incombe au service public de convaincre la Commission du caractère juste et raisonnable des paiements qu'il sollicite. S'il n'y parvient pas, la Commission peut rejeter la demande en partie à raison du montant qui, selon elle, n'est pas juste et raisonnable.

[19] En cas de refus d'approbation, le service public peut renoncer, si cela lui est possible, aux dépenses d'exploitation en cause. S'il ne peut y renoncer, ses actionnaires absorbent le déficit en touchant un rendement inférieur à celui prévu, c'est-à-dire le coût du capital-actions pour le service public. Il appartient dès lors à la direction de ce dernier de faire en sorte que ses dépenses correspondent à celles que la Commission tient pour justes et raisonnables.

[20] Lorsqu'il s'agit d'assurer l'équilibre entre les intérêts du service public et ceux du consommateur, la tarification juste et raisonnable est celle qui fait en sorte que le consommateur paie ce que la Commission prévoit qu'il en coûtera pour la prestation efficace du service, compte tenu à la fois des dépenses d'exploitation et des coûts en capital. Ainsi, le consommateur a l'assurance que, globalement, il ne paie pas plus que ce qui est nécessaire pour obtenir le service, et le service public a l'assurance de pouvoir toucher une juste contrepartie pour la prestation du service.

II. Faits

[21] OPG est le plus grand producteur d'énergie de l'Ontario, et sa tarification est réglementée par la Commission. Elle a vu le jour en 1999 et fait partie des entreprises qui ont succédé à Ontario Hydro. Elle exploite des installations nucléaires et hydroélectriques soumises à la réglementation de la Commission qui produisent environ la moitié de l'électricité consommée dans la province. Son unique actionnaire est la province d'Ontario.

[22] Son effectif se compose d'environ 10 000 personnes pour ses activités réglementées, dont 95 p. 100 travaillent dans le secteur nucléaire. Environ 90 p.100 des employés affectés à ses activités

businesses are unionized, with approximately two thirds of unionized employees represented by the Power Workers' Union, Canadian Union of Public Employees, Local 1000 ("PWU"), and one third represented by the Society of Energy Professionals ("Society").

[23] Since early in its existence as an independent utility, OPG has been aware of the importance of improving its corporate performance. As part of a general effort to improve its business, OPG undertook efforts to benchmark its nuclear performance against comparable power plants around the world. In a memorandum of agreement ("MOA") with the Province of Ontario dated August 17, 2005, OPG committed to the following:

OPG will seek continuous improvement in its nuclear generation business and internal services. OPG will benchmark its performance in these areas against CANDU nuclear plants worldwide as well as against the top quartile of private and publicly-owned nuclear electricity generators in North America. OPG's top operational priority will be to improve the operation of its existing nuclear fleet.

(A.R., vol. III, at p. 215)

[24] As part of OPG's first-ever rate application with the Board in 2007, for a test period covering the years 2008 and 2009, OPG sought approval for a \$6.4 billion "revenue requirement"; this term refers to "the total revenue that is required by the company to pay all of its allowable expenses and also to recover all costs associated with its invested capital": L. Reid and J. Todd, "New Developments in Rate Design for Electricity Distributors", in G. Kaiser and B. Heggie, eds., *Energy Law and Policy* (2011), 519, at p. 521. This constituted an increase of \$1 billion over the revenue requirement that it had sought and was granted under the regulatory scheme in place prior to the Board's assumption of regulatory authority over OPG: EB-2007-0905, Decision with Reasons, November 3, 2008 ("Board 2008-2009 Decision") (online), at pp. 5-6.

réglementées sont syndiqués, dont approximativement les deux tiers sont représentés par le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique, Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1000 (« STTSE »), et le tiers par Society of Energy Professionals (« Society »).

[23] Dès ses débuts en tant que service public indépendant, OPG a eu conscience de l'importance d'accroître sa performance d'entreprise. Dans le cadre de mesures générales prises à cette fin, elle a entrepris de comparer le rendement de son secteur nucléaire à celui de centrales comparables dans le monde. Dans un protocole d'accord intervenu avec la province d'Ontario le 17 août 2005, OPG a pris l'engagement suivant :

[TRADUCTION] OPG visera l'amélioration constante de son secteur nucléaire et de ses services internes. Elle comparera sa performance dans ces domaines à celle de l'exploitation des réacteurs CANDU à travers le monde ainsi qu'à celle des producteurs privés et publics d'électricité d'origine nucléaire appartenant au quartile supérieur en Amérique du Nord. Sa priorité première sera d'améliorer l'exploitation de son parc nucléaire actuel.

(d.a., vol. III, p. 215)

[24] Dans la toute première demande qu'elle a présentée à la Commission en 2007 pour la période de référence 2008-2009, OPG a sollicité l'approbation de « recettes nécessaires » se chiffrant à 6,4 milliards de dollars; ce poste correspond [TRADUCTION] « aux recettes dont l'entreprise a besoin au total pour le paiement de toutes ses dépenses susceptibles d'approbation et, également, pour recouvrer tous les coûts liés aux capitaux investis » (L. Reid et J. Todd, « New Developments in Rate Design for Electricity Distributors », dans G. Kaiser et B. Heggie, dir., *Energy Law and Policy* (2011), 519, p. 521). Il s'agissait d'une majoration d'un milliard de dollars par rapport à ce qu'OPG avait demandé et obtenu en application du régime de réglementation en vigueur avant que la Commission ne soit investie de son pouvoir de réglementation vis-à-vis d'elle (EB-2007-0905, décision motivée, 3 novembre 2008 (« décision 2008-2009 de la Commission ») (en ligne), p. 5-6).

[25] The Board found that OPG was not meeting the nuclear performance expectations of its sole shareholder and that it had done little to conduct benchmarking of its performance against that of its peers, despite its commitment to do so dating back to 2005. Indeed, the only evidence of benchmarking that OPG submitted as part of its rate application was a 2006 report from Navigant Consulting, Inc. (“Navigant Report”), which found that OPG was overstaffed by 12 percent in comparison to its peers. The Board found that OPG had not acted on the recommendations of the Navigant Report and had not commissioned subsequent benchmarking studies to assess its performance (Board 2008-2009 Decision, at pp. 27 and 30). The Board also found that operating costs at OPG’s Pickering nuclear facilities were “far above industry averages” (p. 29). The Board thus disallowed \$35 million of OPG’s proposed revenue requirement and directed OPG to prepare benchmarking studies for use in future applications (p. 31).

[26] In explaining the importance of benchmarking, the Board stated: “The reason why the MOA emphasized benchmarking was because such studies can and do shine a light on inefficiencies and lack of productivity improvement” (Board 2008-2009 Decision, at p. 30).

[27] On May 5, 2010, shortly before OPG was set to file its second rate application, which is the subject of this appeal, the Ontario Minister of Energy and Infrastructure wrote to the President and CEO of OPG to ensure that OPG would demonstrate in its upcoming rate application “concerted efforts to identify cost saving opportunities and focus [its] forthcoming rate application on those items that are essential to the safe and reliable operation of [its] existing assets and projects already under development” (A.R., vol. IV, at p. 38).

[25] La Commission a estimé qu’OPG ne satisfaisait pas aux attentes de son unique actionnaire quant à la performance de son secteur nucléaire et qu’elle avait peu fait pour comparer sa performance à celle de ses pairs, alors qu’elle s’y était engagée dès 2005. De fait, la seule preuve d’une démarche en ce sens présentée par OPG dans le cadre de sa demande d’approbation de tarifs était un rapport établi par Navigant Consulting Inc. en 2006 (« rapport Navigant ») et selon lequel l’effectif d’OPG dépassait de 12 p. 100 celui de ses pairs. La Commission a conclu qu’OPG n’avait pas donné suite aux recommandations du rapport Navigant, ni commandé d’études comparatives ultérieures pour évaluer sa performance (décision 2008-2009 de la Commission, p. 27 et 30). Elle a aussi jugé les coûts d’exploitation d’OPG aux installations nucléaires de Pickering [TRADUCTION] « bien supérieurs à la moyenne du secteur » (p. 29). Elle a donc refusé d’approuver 35 millions de dollars au chapitre des recettes nécessaires et enjoint à OPG de réaliser des études comparatives pour étayer ses demandes ultérieures (p. 31).

[26] Pour expliquer l’importance de la comparaison, la Commission dit ce qui suit : [TRADUCTION] « La raison pour laquelle le protocole d’accord insiste sur la conduite d’une étude comparative est qu’une telle étude peut faire et fait ressortir toute inefficacité ou absence d’accroissement de la productivité » (décision 2008-2009 de la Commission, p. 30).

[27] Le 5 mai 2010, peu avant qu’OPG ne dépose sa deuxième demande d’approbation de tarifs — qui est l’objet du pourvoi —, le ministre de l’Énergie et de l’Infrastructure de l’Ontario a écrit au président-directeur général du service public afin que ce dernier fasse état, dans sa demande, [TRADUCTION] « d’efforts concertés pour trouver des moyens de réaliser des économies et mette l’accent sur les postes de dépense qui sont essentiels à l’exploitation sûre et fiable de ses actifs existants et de ses installations projetées déjà en cours de réalisation » (d.a., vol. IV, p. 38).

[28] On May 26, 2010, OPG filed its payment amounts application for the 2011-2012 test period. As part of its evidence before the Board, OPG submitted two reports by ScottMadden Inc., a general management consulting firm specializing in benchmarking and business planning for nuclear facilities. The Phase 1 report compared OPG's nuclear operational and financial performance against that of external peers using industry performance metrics. The Phase 2 final report discussed performance improvement targets with the intent of improving OPG's nuclear business. OPG collaborated with ScottMadden on the Phase 1 and 2 reports, which were released on July 2, 2009 and September 11, 2009, respectively.

[29] OPG's rate application pertained to a test period beginning on January 1, 2011 and ending on December 31, 2012. OPG sought approval of a \$6.9 billion revenue requirement, which represented an increase of 6.2 percent over OPG's then-current revenue based on the preceding year's approved utility rates. Of the \$6.9 billion revenue requirement sought by OPG, \$2.8 billion pertained to compensation costs, of which approximately \$2.4 billion concerned OPG's nuclear business.

[30] A substantial portion of OPG's wage and compensation expenses was fixed by OPG's collective agreements with the unions, PWU and the Society. At the time of its application, OPG was party to a collective agreement with PWU, effective from April 2009 through March 2012, while its collective agreement with the Society expired on December 31, 2010. These collective agreements provided annual wage increases between 2 percent and 3 percent. OPG forecast an additional 1 percent increase for step progressions and promotions of unionized staff. Following the Board's hearing in this case, an interest arbitrator ordered a new collective agreement between OPG and the Society, effective February 3, 2011. This collective agreement provided wage increases that varied between 1 percent and 3 percent.

[28] Le 26 mai 2010, OPG a déposé sa demande de paiements pour la période de référence 2011-2012. Elle a présenté à l'appui deux rapports de ScottMadden Inc., un cabinet-conseil en gestion générale spécialisé dans la comparaison et la planification opérationnelle d'installations nucléaires. Le rapport de la phase 1 compare la performance opérationnelle et financière d'OPG à celle d'autres entreprises à partir de mesures de la performance dans le secteur d'activité. Le rapport final de la phase 2 porte sur les objectifs d'accroissement de la performance dans l'optique d'une amélioration de l'exploitation du secteur nucléaire. OPG a collaboré avec ScottMadden pour l'établissement des rapports des phases 1 et 2, qui ont respectivement été publiés les 2 juillet et 11 septembre 2009.

[29] La demande visait la période allant du 1^{er} janvier 2011 au 31 décembre 2012. OPG y demandait l'approbation de recettes nécessaires de 6,9 milliards de dollars, soit une augmentation de 6,2 p. 100 par rapport aux recettes d'alors compte tenu des tarifs approuvés pour la période précédente. Des 6,9 milliards de dollars sollicités au titre des recettes nécessaires, 2,8 milliards auraient été affectés à la rémunération, dont environ 2,4 milliards dans le secteur nucléaire.

[30] Une grande partie des dépenses d'OPG au chapitre des salaires et de la rémunération était déterminée par des conventions collectives intervenues avec les syndicats (STTSE et Society). Lors du dépôt de la demande, OPG était liée par une convention collective conclue avec le STTSE en vigueur d'avril 2009 à mars 2012, alors que la convention collective qui la liait à Society avait expiré le 31 décembre 2010. Ces conventions collectives prévoyaient des augmentations annuelles de salaires se situant entre 2 et 3 p. 100, auxquelles s'ajoutait 1 p. 100 pour les changements d'échelon et l'avancement. Après l'audition de la demande par la Commission dans la présente affaire, un arbitre a ordonné l'application d'une nouvelle convention collective liant OPG et Society à compter du 3 février 2011. La convention collective prévoyait des augmentations de salaires de 1 à 3 p. 100.

III. Judicial History

A. *Ontario Energy Board: 2011 LNONOEB 57 (QL)* (“Board Decision”)

[31] In its decision concerning OPG’s rate application for the 2011-2012 test period, the Board stated that it enjoyed broad discretion pursuant to Ontario Regulation 53/05 (*Payments Under Section 78.1 of the Act*) and s. 78.1 of the *Ontario Energy Board Act, 1998* to “adopt the mechanisms it judges appropriate in setting just and reasonable rates” (para. 73). The Board recognized that different tests could apply depending on whether its analysis concerned the recovery of forecast costs or an after-the-fact review of costs already incurred. In this rate application, it was appropriate to take into consideration all evidence that the Board deemed relevant to assess the reasonableness of OPG’s revenue requirement.

[32] The Board rejected OPG’s proposed revenue requirement of \$6.9 billion, reducing it by \$145 million over the test period “to send a clear signal that OPG must take responsibility for improving its performance” (para. 350). Key to its disallowance was the Board’s finding that OPG was overstaffed and that its compensation levels were excessive.

[33] Regarding the number of staff, the Board pointed out that a benchmarking study commissioned by OPG itself, the ScottMadden Phase 2 final report, suggested that certain staff positions could be reduced or eliminated altogether. The Board suggested that OPG could review its organizational structure and reassign or eliminate positions in the coming years, as 20 percent to 25 percent of its staff were set to retire between 2010 and 2014 and it was possible to make greater use of external contractors. Regarding compensation, the Board found that OPG had not submitted compelling evidence justifying the benchmarking of its salaries of non-management employees to the 75th percentile of a survey of

III. Historique judiciaire

A. *Commission de l’énergie de l’Ontario (2011 LNONOEB 57 (QL))* (« *décision de la Commission* »)

[31] Dans sa décision relative à la demande d’approbation de tarifs d’OPG pour la période de référence 2011-2012, la Commission dit que le règlement 53/05 de l’Ontario (*Payments Under Section 78.1 of the Act*) (« règlement 53/05 ») et l’art. 78.1 de la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* lui confèrent un vaste pouvoir discrétionnaire quant [TRADUCTION] « au choix d’une méthode indiquée pour fixer des tarifs justes et raisonnables » (para. 73). Elle reconnaît que différents principes peuvent s’appliquer selon qu’il s’agit du recouvrement de dépenses prévues ou de l’examen après coup de dépenses déjà faites. Pour statuer sur la demande dont elle était saisie, il convenait de tenir compte de tout élément de preuve que la Commission jugeait pertinent pour apprécier le caractère raisonnable des recettes nécessaires d’OPG.

[32] La Commission refuse d’approuver les 6,9 milliards de dollars demandés par OPG au titre des recettes nécessaires, les réduisant de 145 millions de dollars pour la période référence [TRADUCTION] « afin de signifier clairement à OPG qu’il lui incombe d’accroître sa performance » (par. 350). Cette décision défavorable tient surtout à l’opinion de la Commission selon laquelle OPG compte trop d’employés et ses niveaux de rémunération sont excessifs.

[33] Au sujet de la taille de l’effectif, la Commission relève que, selon une étude comparative qu’OPG a elle-même commandée (le rapport final de la phase 2 de ScottMadden), la dotation de certains postes peut être réduite, voire supprimée. Elle recommande à OPG de revoir sa structure organisationnelle et de réaffecter du personnel ou de supprimer des postes au cours des années suivantes. Vingt à vingt-cinq pour cent du personnel d’OPG devait en effet partir à la retraite entre 2010 et 2014 et il était possible de recourir davantage à la sous-traitance. Au chapitre de la rémunération, elle estime qu’OPG n’a pas présenté d’éléments convaincants pour justifier que les salaires de son personnel opérationnel

industry salaries conducted by Towers Perrin. Instead, the Board considered the proper benchmark to be the 50th percentile, the same percentile against which OPG benchmarks management compensation. In determining the appropriate disallowance, the Board acknowledged that OPG may not have been able to achieve the full \$145 million in savings for the test period through the reduction of compensation levels alone because of its collective agreements with the unions.

B. *Ontario Superior Court of Justice, Divisional Court: 2012 ONSC 729, 109 O.R. (3d) 576*

[34] OPG appealed the Board Decision on the basis that it was unreasonable and that the reasons provided were inadequate. OPG argued that the Board should have conducted a prudent investment test — that is, it should have restricted its review of compensation costs to a consideration of whether the collective agreements that prescribed the compensation costs were prudent at the time they were entered into. OPG also argued that the Board should have presumed that the costs were prudent.

[35] The panel of three Divisional Court judges was split. Justice Hoy (as she then was), for the majority, found the Board Decision reasonable because management had the ability to reduce total compensation costs in the future within the framework of the collective agreement. Applying a strict prudent investment test would not permit the Board to fulfill its statutory objective of promoting cost effectiveness in the generation of electricity. It was particularly important for the Board to exercise its authority to set just and reasonable rates given the “double monopoly” dynamic at play:

The collective agreements were concluded between a regulated monopoly, which passes costs on to consumers, not a competitive enterprise, and two unions which account for approximately 90 per cent of the employees and amount to a near, second monopoly, based on terms

se situent au 75^e percentile des salaires versés dans le secteur selon une étude de Towers Perrin. Selon la Commission, ils devraient se situer au 50^e percentile, soit le même que pour le personnel de direction. Pour décider de la réduction qui s’impose, elle reconnaît qu’OPG pourrait ne pas être en mesure, pendant la période de référence, de réaliser des économies de 145 millions de dollars par la réduction de sa seule masse salariale à cause des conventions collectives en vigueur.

B. *Cour supérieure de Justice de l’Ontario, Cour divisionnaire (2012 ONSC 729, 109 O.R. (3d) 576)*

[34] OPG a fait appel de la décision au motif que celle-ci était déraisonnable et mal motivée. Elle a soutenu que la Commission aurait dû appliquer le principe de l’investissement prudent, c’est-à-dire que, dans son examen des dépenses de rémunération, elle aurait dû seulement s’interroger sur la prudence de conclure, à l’époque, les conventions collectives qui commandaient ces dépenses. Elle a ajouté que la Commission aurait dû présumer que les dépenses étaient prudentes.

[35] La décision de la formation de trois juges de la Cour divisionnaire est partagée. Au nom des juges majoritaires, la juge Hoy (aujourd’hui Juge en chef adjointe de l’Ontario) conclut que la décision de la Commission est raisonnable, car il était possible à la direction d’OPG de réduire ultérieurement ses dépenses globales de rémunération dans le respect des conventions collectives. L’application stricte du principe de l’investissement prudent n’aurait pas permis à la Commission d’atteindre son objectif, d’origine législative, de favoriser la rentabilité de la production d’électricité. Vu la présence de « deux monopoles », il importait particulièrement que la Commission exerce son pouvoir de fixer des tarifs justes et raisonnables :

[TRADUCTION] Les conventions collectives sont intervenues entre un monopole réglementé qui refile ses coûts au consommateur et qui n’est pas soumis à la concurrence, et deux syndicats qui représentent environ 90 p. 100 des salariés et qui constituent presque un second monopole

inherited from Ontario Hydro and in face of the reality that running a nuclear operation without the employees would be extremely difficult. [para. 54]

[36] Justice Aitken dissented, finding that,

to the extent that [nuclear compensation] costs were pre-determined, in the sense that they were locked in as a result of collective agreements entered prior to the date of the application and the test period, OPG only had to prove their prudence or reasonableness based on the circumstances that were known or that reasonably could have been anticipated at the time the decision to enter those collective agreements was made. [para. 83]

She would have held that the Board's failure to undertake a separate and explicit prudence review for the committed portion of nuclear compensation costs, coupled with its consideration of hindsight factors in assessing the reasonableness of these costs, rendered the Board Decision unreasonable.

C. *Ontario Court of Appeal: 2013 ONCA 359, 116 O.R. (3d) 793*

[37] The Ontario Court of Appeal reversed the Divisional Court's decision and remitted the case to the Board. The court drew a distinction between forecast costs and committed costs, with committed costs being those that the utility "is committed to pay in [the test period]" and that "cannot be managed or reduced by the utility in that time frame, usually because of contractual obligations" (para. 29). Although costs may not require actual payment until the future, as in this case, costs that have been "contractually incurred to be paid over the time frame are nonetheless committed even though they have not yet been paid" (para. 29). When reviewing such costs, the court held that the Board must undertake a prudence review as described in *Enbridge Gas Distribution Inc. v. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4 (paras. 15-16). By failing to follow this jurisprudence and by requiring that OPG "manage costs that, by law, it cannot manage", the Board acted unreasonably (para. 37).

étant donné les conditions héritées d'Ontario Hydro et le fait qu'il serait extrêmement difficile d'exploiter des installations nucléaires sans les salariés. [par. 54]

[36] Dissidente, la juge Aitken opine que,

[TRADUCTION] dans la mesure où les coûts [de rémunération des employés du secteur nucléaire] étaient déterminés à l'avance, c'est-à-dire qu'ils étaient arrêtés par des conventions collectives conclues avant la demande et la période de référence, OPG devait seulement prouver la prudence ou le caractère raisonnable de la décision de conclure ces conventions au vu des circonstances connues ou qui auraient pu raisonnablement être prévues au moment de prendre la décision. [par. 83]

Elle aurait statué que l'omission de la Commission d'appliquer séparément et expressément le principe de la prudence à la partie des dépenses de rémunération du secteur nucléaire dont elle avait convenu, jumelée à son appréciation avec le recul du caractère raisonnable de ces dépenses, a rendu la décision de la Commission déraisonnable.

C. *Cour d'appel de l'Ontario (2013 ONCA 359, 116 O.R. (3d) 793)*

[37] La Cour d'appel de l'Ontario infirme le jugement de la Cour divisionnaire et renvoie le dossier à la Commission. Elle établit une distinction entre les dépenses prévues et les dépenses convenues, ces dernières correspondant à celles que le service public [TRADUCTION] « a convenu d'acquitter pendant [la période de référence] » et qu'il « ne peut modifier ou réduire pendant cette période, généralement à cause d'obligations contractuelles » (par. 29). Même si les dépenses n'ont pas à être acquittées dans l'immédiat, comme en l'espèce, celles qui, « par contrat, doivent être acquittées pendant la période de référence constituent néanmoins des dépenses convenues, même si elles n'ont pas encore été acquittées » (par. 29). La Cour d'appel statue que la Commission doit, dans son examen de ces dépenses, appliquer le principe de la prudence énoncé dans *Enbridge Gas Distribution Inc. c. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4 (par. 15-16). En ne respectant pas ce précédent et en obligeant OPG à « modifier des dépenses qu'elle ne peut juridiquement modifier », la Commission a agi déraisonnablement (par. 37).

IV. Issues

[38] The Board raises two issues on appeal:

1. What is the appropriate standard of review?
2. Was the Board's decision to disallow \$145 million of OPG's revenue requirement reasonable?

[39] Before this Court, OPG has argued that the Board stepped beyond the appropriate role of a tribunal in an appeal from its own decision, which raises the following additional issue:

3. Did the Board act impermissibly in pursuing its appeal in this case?

V. Analysis

[40] It is logical to begin by considering the appropriateness of the Board's participation in the appeal. I will next consider the appropriate standard of review, and then the merits issue of whether the Board's decision in this case was reasonable.

A. *The Appropriate Role of the Board in This Appeal*(1) Tribunal Standing

[41] In *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684 (“*Northwestern Utilities*”), per Estey J., this Court first discussed how an administrative decision-maker's participation in the appeal or review of its own decisions may give rise to concerns over tribunal impartiality. Estey J. noted that “active and even aggressive participation can have no other effect than to discredit the impartiality of an administrative tribunal either in the case where the matter is referred back to it, or in future proceedings involving similar interests and

IV. Questions en litige

[38] La Commission soulève deux questions dans le cadre du pourvoi :

1. Quelle est la norme de contrôle applicable?
2. Sa décision de retrancher 145 millions de dollars des recettes nécessaires d'OPG est-elle raisonnable?

[39] Devant notre Cour, OPG fait valoir que la Commission outrepassa le rôle qui sied à un tribunal administratif dans le cadre d'un appel de sa propre décision, ce qui soulève la question supplémentaire suivante :

3. La Commission a-t-elle agi de manière inacceptable en se pourvoyant en tant que partie à l'appel en l'espèce?

V. Analyse

[40] Il convient en toute logique d'examiner d'abord le caractère approprié de la participation de la Commission au pourvoi. J'examinerai ensuite la norme de contrôle applicable, puis la question de fond de savoir si la décision de la Commission est raisonnable.

A. *Le rôle qui sied à la Commission dans le cadre du pourvoi*(1) La qualité pour agir d'un tribunal administratif

[41] Dans *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684 (« *Northwestern Utilities* »), sous la plume du juge Estey, notre Cour se demande pour la première fois en quoi la participation d'un décideur administratif à l'appel ou au contrôle de sa propre décision peut soulever des doutes sur son impartialité. Pour reprendre les propos du juge Estey, « [u]ne participation aussi active ne peut que jeter le discrédit sur l'impartialité d'un tribunal administratif lorsque l'affaire lui est renvoyée ou lorsqu'il est saisi d'autres procédures

issues or the same parties” (p. 709). He further observed that tribunals already receive an opportunity to make their views clear in their original decisions: “. . . it abuses one’s notion of propriety to countenance its participation as a full-fledged litigant in this Court” (p. 709).

[42] The Court in *Northwestern Utilities* ultimately held that the Alberta Public Utilities Board — which, like the Ontario Energy Board, had a statutory right to be heard on judicial appeal (see *Ontario Energy Board Act, 1998*, s. 33(3)) — was limited in the scope of the submissions it could make. Specifically, Estey J. observed that

[i]t has been the policy in this Court to limit the role of an administrative tribunal whose decision is at issue before the Court, even where the right to appear is given by statute, to an explanatory role with reference to the record before the Board and to the making of representations relating to jurisdiction. [p. 709]

[43] This Court further considered the issue of agency standing in *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983, which involved judicial review of a British Columbia Labour Relations Board decision. Though a majority of the judges hearing the case did not endorse a particular approach to the issue, La Forest J., Dickson C.J. concurring, accepted that a tribunal had standing to explain the record and advance its view of the appropriate standard of review and, additionally, to argue that its decision was reasonable.

[44] This finding was supported by the need to make sure the Court’s decision on review of the tribunal’s decision was fully informed. La Forest J. cited *B.C.G.E.U. v. Indust. Rel. Council* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 145 (C.A.), at p. 153, for the proposition that the tribunal is the party best equipped to draw the Court’s attention to

concernant des intérêts et des questions semblables ou impliquant les mêmes parties » (p. 709). Il ajoute que le tribunal administratif avait déjà le loisir de s’expliquer clairement dans sa décision initiale et « [qu’il] enfreint de façon inacceptable la réserve dont [il doit] faire preuve lorsqu’[il] particip[e] aux procédures comme partie à part entière » (p. 709).

[42] Dans *Northwestern Utilities*, notre Cour statue finalement que la portée des observations que pouvait présenter l’Alberta Public Utilities Board — qui, à l’instar de la Commission de l’énergie de l’Ontario, jouissait légalement du droit d’être entendue en appel devant une cour de justice (voir la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*, par. 33(3)) — était limitée. Le juge Estey fait remarquer ce qui suit :

Cette Cour, à cet égard, a toujours voulu limiter le rôle du tribunal administratif dont la décision est contestée à la présentation d’explications sur le dossier dont il était saisi et d’observations sur la question de sa compétence, même lorsque la loi lui confère le droit de comparaître. [p. 709]

[43] Dans *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, qui porte sur le contrôle judiciaire d’une décision de la commission des relations de travail de la Colombie-Britannique, notre Cour approfondit la question de la qualité pour agir d’un organisme administratif. Même si les juges majoritaires qui ont entendu le pourvoi n’adoptent pas d’approche particulière pour se prononcer, le juge La Forest, avec l’appui du juge en chef Dickson, reconnaît qu’un tribunal administratif a qualité non seulement pour expliquer le dossier et faire valoir son point de vue sur la norme de contrôle applicable, mais aussi pour soutenir que sa décision est raisonnable.

[44] Cette conclusion repose sur la nécessité de faire en sorte que la cour de révision rende un jugement parfaitement éclairé sur la décision du tribunal administratif. Le juge La Forest invoque l’arrêt *B.C.G.E.U. c. Indust. Rel. Council* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 145 (C.A.), p. 153, pour avancer que le tribunal administratif est le mieux placé pour attirer l’attention de la cour

those considerations, rooted in the specialized jurisdiction or expertise of the tribunal, which may render reasonable what would otherwise appear unreasonable to someone not versed in the intricacies of the specialized area.

(*Paccar*, at p. 1016)

La Forest J. found, however, that the tribunal could not go so far as to argue that its decision was correct (p. 1017). Though La Forest J. did not command a majority, L'Heureux-Dubé J. also commented on tribunal standing in her dissent, and agreed with the substance of La Forest J.'s analysis (p. 1026).

[45] Trial and appellate courts have struggled to reconcile this Court's statements in *Northwestern Utilities* and *Paccar*. Indeed, while this Court has never expressly overturned *Northwestern Utilities*, on some occasions, it has permitted tribunals to participate as full parties without comment: see, e.g., *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, 2001 SCC 4, [2001] 1 S.C.R. 221; *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952; see also *Ontario (Children's Lawyer) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2005), 75 O.R. (3d) 309 (C.A.) ("*Goodis*"), at para. 24.

[46] A number of appellate decisions have grappled with this issue and "for the most part now display a more relaxed attitude in allowing tribunals to participate in judicial review proceedings or statutory appeals in which their decisions were subject to attack": D. Mullan, "Administrative Law and Energy Regulation", in G. Kaiser and B. Heggie, 35, at p. 51. A review of three appellate decisions suffices to establish the rationale behind this shift.

[47] In *Goodis*, the Children's Lawyer urged the court to refuse or limit the standing of the Information and Privacy Commissioner, whose decision

sur les considérations, enracinées dans la compétence ou les connaissances spécialisées du tribunal, qui peuvent rendre raisonnable ce qui autrement paraîtrait déraisonnable à quelqu'un qui n'est pas versé dans les complexités de ce domaine spécialisé.

(*Paccar*, p. 1016)

Toutefois, le juge La Forest conclut que le tribunal administratif ne peut aller jusqu'à défendre le bien-fondé de sa décision (p. 1017). Sa thèse ne convainc pas une majorité de ses collègues, mais la juge L'Heureux-Dubé, dissidente, qui se prononce elle aussi sur la qualité pour agir du tribunal administratif, souscrit à son analyse sur le fond (p. 1026).

[45] Juridictions de première instance et d'appel ont tenté tant bien que mal de concilier les opinions exprimées par les juges de la Cour dans les arrêts *Northwestern Utilities* et *Paccar*. De fait, même si notre Cour n'est jamais expressément revenue sur *Northwestern Utilities*, elle a parfois autorisé un tribunal administratif à participer à l'instance à titre de partie à part entière sans expliquer sa décision (voir p. ex. *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, 2001 CSC 4, [2001] 1 R.C.S. 221; *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952; voir également *Ontario (Children's Lawyer) c. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2005), 75 O.R. (3d) 309 (C.A.) (« *Goodis* »), par. 24).

[46] Dans un certain nombre de décisions, les cours d'appel se sont attaquées à la question et, [TRADUCTION] « pour la plupart, elles sont désormais plus enclines à autoriser un tribunal administratif à participer au contrôle judiciaire ou à l'appel, prévu par la loi, de sa propre décision » (D. Mullan, « Administrative Law and Energy Regulation », dans G. Kaiser et B. Heggie, 35, p. 51). Le survol de trois arrêts de juridictions d'appel suffit à établir la raison d'être de ce revirement.

[47] Dans *Goodis*, le Bureau de l'avocate des enfants demandait à la cour de ne pas reconnaître ou de restreindre la qualité pour agir du Commissaire

was under review. The Ontario Court of Appeal declined to apply any formal, fixed rule that would limit the tribunal to certain categories of submissions and instead adopted a contextual, discretionary approach: *Goodis*, at paras. 32-34. The court found no principled basis for the categorical approach, and observed that such an approach may lead to undesirable consequences:

For example, a categorical rule denying standing if the attack asserts a denial of natural justice could deprive the court of vital submissions if the attack is based on alleged deficiencies in the structure or operation of the tribunal, since these are submissions that the tribunal is uniquely placed to make. Similarly, a rule that would permit a tribunal standing to defend its decision against the standard of reasonableness but not against one of correctness, would allow unnecessary and prevent useful argument. Because the best argument that a decision is reasonable may be that it is correct, a rule based on this distinction seems tenuously founded at best as Robertson J.A. said in *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1386 v. Bransen Construction Ltd.*, [2002] N.B.J. No. 114, 249 N.B.R. (2d) 93 (C.A.), at para. 32.

(*Goodis*, at para. 34)

[48] The court held that *Northwestern Utilities* and *Paccar* should be read as the source of “fundamental considerations” that should guide the court’s exercise of discretion in the context of the case: *Goodis*, at para. 35. The two most important considerations, drawn from those cases, were the “importance of having a fully informed adjudication of the issues before the court” (para. 37), and “the importance of maintaining tribunal impartiality”: para. 38. The court should limit tribunal participation if it will undermine future confidence in its objectivity. The court identified a list of factors, discussed further below, that may aid in determining whether and

à l’information et à la protection de la vie privée dont la décision faisait l’objet d’une demande de contrôle. La Cour d’appel de l’Ontario a refusé de se montrer formaliste et d’appliquer une règle fixe qui aurait obligé le tribunal administratif à s’en tenir à des observations d’un certain type et elle a adopté plutôt une approche contextuelle et discrétionnaire (*Goodis*, par. 32-34). Elle a conclu que l’approche catégorique n’avait pas de fondement rationnel et a fait remarquer qu’une telle approche pouvait avoir des conséquences fâcheuses :

[TRADUCTION] Par exemple, la règle catégorique qui refuse au tribunal administratif la qualité pour agir lorsque la contestation allègue le déni de justice naturelle peut priver la cour d’observations capitales lorsque la contestation se fonde des défaillances alléguées de la structure ou du fonctionnement du tribunal administratif, car ce sont des sujets sur lesquels ce dernier est particulièrement bien placé pour formuler des observations. De même, la règle qui reconnaît à un tribunal administratif la qualité pour défendre sa décision au regard du critère de la raisonabilité, mais non du critère de la décision correcte, permet le débat inutile et empêche le débat utile. Parce que le meilleur moyen d’établir la raisonabilité d’une décision peut être de démontrer qu’elle est correcte, une règle fondée sur cette distinction semble au mieux tenue, comme l’affirme le juge Robertson dans *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d’Amérique, section locale 1386 c. Bransen Construction Ltd.*, [2002] A.N.-B. n° 114, 249 R.N.-B. (2^e) 93 (C.A.), par. 32.

(*Goodis*, par. 34)

[48] La Cour d’appel statue qu’il faut voir dans les arrêts *Northwestern Utilities* et *Paccar* la source de [TRADUCTION] « considérations fondamentales » qui doivent guider l’exercice de son pouvoir discrétionnaire eu égard au contexte de l’affaire (*Goodis*, par. 35). Les deux considérations les plus importantes, selon ces arrêts, sont « la nécessité de faire en sorte que la cour rende une décision parfaitement éclairée sur les questions en litige » (par. 37) et « celle d’assurer l’impartialité du tribunal administratif » (par. 38). La cour doit limiter la participation du tribunal administratif lorsque cette participation est de nature à miner la confiance

to what extent the tribunal should be permitted to make submissions: paras. 36-38.

[49] In *Canada (Attorney General) v. Quadrini*, 2010 FCA 246, [2012] 2 F.C.R. 3, Stratas J.A. identified two common law restrictions that, in his view, restricted the scope of a tribunal's participation on appeal from its own decision: finality and impartiality. Finality, the principle whereby a tribunal may not speak on a matter again once it has decided upon it and provided reasons for its decision, is discussed in greater detail below, as it is more directly related to concerns surrounding "bootstrapping" rather than agency standing itself.

[50] The principle of impartiality is implicated by tribunal argument on appeal, because decisions may in some cases be remitted to the tribunal for further consideration. Stratas J.A. found that "[s]ubmissions by the tribunal in a judicial review proceeding that descend too far, too intensely, or too aggressively into the merits of the matter before the tribunal may disable the tribunal from conducting an impartial redetermination of the merits later": *Quadrini*, at para. 16. However, he ultimately found that these principles did not mandate "hard and fast rules", and endorsed the discretionary approach set out by the Ontario Court of Appeal in *Goodis*: *Quadrini*, at paras. 19-20.

[51] A third example of recent judicial consideration of this issue may be found in *Leon's Furniture Ltd. v. Information and Privacy Commissioner (Alta.)*, 2011 ABCA 94, 502 A.R. 110. In this case, Leon's Furniture challenged the Commissioner's standing to make submissions on the merits of the appeal (para. 16). The Alberta Court of Appeal, too, adopted the position that the law should respond to the fundamental concerns raised in *Northwestern*

ultérieure des citoyens dans son objectivité. La Cour d'appel énumère les considérations — sur lesquelles je reviendrai — qui jouent dans la décision d'autoriser ou non le tribunal administratif à présenter des observations et dans la détermination de la mesure dans laquelle il lui est permis de le faire, le cas échéant (par. 36-38).

[49] Dans *Canada (Procureur général) c. Quadrini*, 2010 CAF 246, [2012] 2 R.C.F. 3, le juge Stratas relève deux considérations qui, en common law, limitent selon lui la participation éventuelle d'un tribunal administratif à l'appel de sa propre décision : le caractère définitif et l'impartialité. Le principe du caractère définitif veut qu'un tribunal ne puisse se prononcer de nouveau dans une affaire une fois qu'il a rendu sa décision, motifs à l'appui. J'y reviendrai plus en détail, car j'estime que ce principe se rapporte plus directement à l'« autojustification » de sa décision par le tribunal administratif qu'à sa qualité pour agir comme telle.

[50] Le principe de l'impartialité entre en jeu lorsque le tribunal administratif défend une thèse en appel car, dans certains cas, sa décision peut lui être renvoyée pour réexamen. Le juge Stratas conclut que « [l]es observations que le tribunal administratif présente dans une instance en contrôle judiciaire et qui plongent trop loin, trop intensément ou trop énergiquement dans le bien-fondé de l'affaire soumise au tribunal administratif risquent d'empêcher celui-ci de procéder par la suite à un réexamen impartial du bien-fondé de l'affaire » (*Quadrini*, par. 16). Il conclut toutefois au final que les principes applicables n'imposaient pas de « règles absolues », et il souscrit à l'approche discrétionnaire de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Goodis* (*Quadrini*, par. 19-20).

[51] L'arrêt *Leon's Furniture Ltd. c. Information and Privacy Commissioner (Alta.)*, 2011 ABCA 94, 502 A.R. 110, constitue un troisième exemple récent où une cour de justice est appelée à se pencher sur le sujet. Leon's Furniture a contesté la qualité du commissaire intimé de plaider sur le fond en appel (par. 16). La Cour d'appel de l'Alberta estime elle aussi que le droit applicable doit donner suite aux considérations fondamentales soulevées dans

Utilities but should nonetheless approach the question of tribunal standing with discretion, to be exercised in view of relevant contextual considerations: paras. 28-29.

[52] The considerations set forth by this Court in *Northwestern Utilities* reflect fundamental concerns with regard to tribunal participation on appeal from the tribunal's own decision. However, these concerns should not be read to establish a categorical ban on tribunal participation on appeal. A discretionary approach, as discussed by the courts in *Goodis, Leon's Furniture*, and *Quadrini*, provides the best means of ensuring that the principles of finality and impartiality are respected without sacrificing the ability of reviewing courts to hear useful and important information and analysis: see N. Semple, "The Case for Tribunal Standing in Canada" (2007), 20 *C.J.A.L.P.* 305; L. A. Jacobs and T. S. Kuttner, "Discovering What Tribunals Do: Tribunal Standing Before the Courts" (2002), 81 *Can. Bar Rev.* 616; F. A. V. Falzon, "Tribunal Standing on Judicial Review" (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 21.

[53] Several considerations argue in favour of a discretionary approach. Notably, because of their expertise and familiarity with the relevant administrative scheme, tribunals may in many cases be well positioned to help the reviewing court reach a just outcome. For example, a tribunal may be able to explain how one interpretation of a statutory provision might impact other provisions within the regulatory scheme, or the factual and legal realities of the specialized field in which they work. Submissions of this type may be harder for other parties to present.

[54] Some cases may arise in which there is simply no other party to stand in opposition to the party challenging the tribunal decision. Our judicial review processes are designed to function best when both sides of a dispute are argued vigorously before the reviewing court. In a situation where no other well-informed party stands opposed, the presence of a tribunal as an adversarial party may help the court

l'arrêt *Northwestern Utilities*, mais que la question de la qualité pour agir d'un tribunal administratif relève néanmoins d'un pouvoir discrétionnaire qu'il faut exercer eu égard aux éléments contextuels applicables (par. 28-29).

[52] Les considérations énoncées par notre Cour dans *Northwestern Utilities* témoignent de préoccupations fondamentales quant à la participation d'un tribunal administratif à l'appel de sa propre décision. Or, ces préoccupations ne sauraient fonder l'interdiction absolue d'une telle participation. La démarche discrétionnaire préconisée dans *Goodis, Leon's Furniture* et *Quadrini* offre le meilleur moyen d'assurer le caractère définitif de la décision et l'impartialité du décideur sans que la cour de révision ne soit alors privée de données et d'analyses à la fois utiles et importantes (voir N. Semple, « The Case for Tribunal Standing in Canada » (2007), 20 *R.C.D.A.P.* 305; L. A. Jacobs et T. S. Kuttner, « Discovering What Tribunals Do : Tribunal Standing Before the Courts » (2002), 81 *R. du B. can.* 616; F. A. V. Falzon, « Tribunal Standing on Judicial Review » (2008), 21 *R.C.D.A.P.* 21).

[53] Plusieurs considérations militent en faveur d'une démarche discrétionnaire. En particulier, vu ses compétences spécialisées et sa connaissance approfondie du régime administratif en cause, le tribunal administratif peut, dans bien des cas, être bien placé pour aider la cour de révision à rendre une juste décision. Par exemple, il peut être en mesure d'expliquer en quoi une certaine interprétation de la disposition législative en cause peut avoir une incidence sur d'autres dispositions du régime de réglementation ou sur les réalités factuelles et juridiques de son domaine de spécialisation. Il pourrait être plus difficile d'obtenir de tels éléments d'information d'autres parties.

[54] Dans certains cas, il n'y a tout simplement personne pour s'opposer à la partie qui conteste la décision du tribunal administratif. Le contrôle judiciaire se révèle optimal lorsque les deux facettes du litige sont vigoureusement défendues devant la cour de révision. Lorsqu'aucune autre partie bien au fait des enjeux ne fait valoir le point de vue opposé, la participation du tribunal administratif à titre de

ensure it has heard the best of both sides of a dispute.

[55] Canadian tribunals occupy many different roles in the various contexts in which they operate. This variation means that concerns regarding tribunal partiality may be more or less salient depending on the case at issue and the tribunal's structure and statutory mandate. As such, statutory provisions addressing the structure, processes and role of the particular tribunal are key aspects of the analysis.

[56] The mandate of the Board, and similarly situated regulatory tribunals, sets them apart from those tribunals whose function it is to adjudicate individual conflicts between two or more parties. For tribunals tasked with this latter responsibility, "the importance of fairness, real and perceived, weighs more heavily" against tribunal standing: *Henthorne v. British Columbia Ferry Services Inc.*, 2011 BCCA 476, 344 D.L.R. (4th) 292, at para. 42.

[57] I am thus of the opinion that tribunal standing is a matter to be determined by the court conducting the first-instance review in accordance with the principled exercise of that court's discretion. In exercising its discretion, the court is required to balance the need for fully informed adjudication against the importance of maintaining tribunal impartiality.

[58] In this case, as an initial matter, the *Ontario Energy Board Act, 1998* expressly provides that "[t]he Board is entitled to be heard by counsel upon the argument of an appeal" to the Divisional Court: s. 33(3). This provision neither expressly grants the Board standing to argue the merits of the decision on appeal, nor does it expressly limit the Board to jurisdictional or standard-of-review arguments as was the case for the relevant statutory provision in *Quadrini*: see para. 2.

partie adverse peut contribuer à faire en sorte que la cour statue après avoir entendu les arguments les plus convaincants de chacune des deux parties au litige.

[55] Les tribunaux administratifs canadiens tiennent nombre de rôles différents dans les contextes variés où ils évoluent, de sorte que la crainte d'une partialité de leur part peut être plus ou moins grande selon l'affaire en cause, ainsi que la structure du tribunal et son mandat légal. Dès lors, les dispositions législatives portant sur la structure, le fonctionnement et la mission d'un tribunal en particulier sont cruciales aux fins de l'analyse.

[56] Le mandat de la Commission, comme celui des tribunaux administratifs qui lui sont apparentés, la différencie des tribunaux administratifs appelés à trancher des différends individuels opposant plusieurs parties. Dans le cas de ces derniers, [TRADUCTION] « l'importance de l'équité, réelle et perçue, milite davantage » contre la reconnaissance de leur qualité pour agir (*Henthorne c. British Columbia Ferry Services Inc.*, 2011 BCCA 476, 344 D.L.R. (4th) 292, par. 42).

[57] Par conséquent, je suis d'avis qu'il appartient à la cour de première instance chargée du contrôle judiciaire de décider de la qualité pour agir d'un tribunal administratif en exerçant son pouvoir discrétionnaire de manière raisonnée. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la cour doit établir un équilibre entre la nécessité d'une décision bien éclairée et l'importance d'assurer l'impartialité du tribunal administratif.

[58] Dans la présente affaire, le par. 33(3) de la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* prévoit à titre préliminaire que « [l]a Commission a le droit d'être représentée par un avocat lors de l'audition de l'appel » devant la Cour divisionnaire. Cette disposition ne confère pas expressément à la Commission une qualité pour agir qui permet de faire valoir le bien-fondé de sa décision en appel, ni ne limite expressément la thèse qu'elle peut défendre à la présentation d'arguments relatifs à la compétence ou à la norme de contrôle comme le fait la disposition en cause dans l'affaire *Quadrini* (voir par. 2).

[59] In accordance with the foregoing discussion of tribunal standing, where the statute does not clearly resolve the issue, the reviewing court must rely on its discretion to define the tribunal's role on appeal. While not exhaustive, I would find the following factors, identified by the courts and academic commentators cited above, are relevant in informing the court's exercise of this discretion:

- (1) If an appeal or review were to be otherwise unopposed, a reviewing court may benefit by exercising its discretion to grant tribunal standing.
- (2) If there are other parties available to oppose an appeal or review, and those parties have the necessary knowledge and expertise to fully make and respond to arguments on appeal or review, tribunal standing may be less important in ensuring just outcomes.
- (3) Whether the tribunal adjudicates individual conflicts between two adversarial parties, or whether it instead serves a policy-making, regulatory or investigative role, or acts on behalf of the public interest, bears on the degree to which impartiality concerns are raised. Such concerns may weigh more heavily where the tribunal served an adjudicatory function in the proceeding that is the subject of the appeal, while a proceeding in which the tribunal adopts a more regulatory role may not raise such concerns.

[60] Consideration of these factors in the context of this case leads me to conclude that it was not improper for the Board to participate in arguing in favour of the reasonableness of its decision on appeal. First, the Board was the only respondent in the initial review of its decision. Thus, it had no alternative but to step in if the decision was to be defended on the merits. Unlike some other provinces, Ontario has no designated utility consumer advocate, which left the Board — tasked by statute

[59] Au vu de cette analyse de la qualité pour agir d'un tribunal administratif, lorsque le texte législatif applicable n'est pas clair sur ce point, la cour de révision s'en remet à son pouvoir discrétionnaire pour délimiter les attributs du tribunal administratif en appel. Voici quelles sont, entre autres, les considérations — relevées par les juridictions et les auteurs précités — qui délimitent l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire :

- (1) lorsque, autrement, l'appel ou la demande de contrôle serait non contesté, il peut être avantageux que la cour de révision exerce le pouvoir discrétionnaire qui lui permet de reconnaître la qualité pour agir du tribunal administratif;
- (2) lorsque d'autres parties sont susceptibles de contester l'appel ou la demande de contrôle et qu'elles ont les connaissances et les compétences spécialisées nécessaires pour bien avancer une thèse ou la réfuter, la qualité pour agir du tribunal administratif peut revêtir une importance moindre pour l'obtention d'une issue juste;
- (3) le fait que la fonction du tribunal administratif consiste soit à trancher des différends individuels opposant deux parties, soit à élaborer des politiques, à réglementer ou enquêter ou à défendre l'intérêt public influe sur la mesure dans laquelle l'impartialité soulève des craintes ou non. Ces craintes peuvent jouer davantage lorsque le tribunal a exercé une fonction juridictionnelle dans l'instance visée par l'appel, et moins lorsque son rôle s'est révélé d'ordre réglementaire.

[60] Au vu de ces considérations, je conclus qu'il n'était pas inapproprié que la Commission participe à l'appel pour défendre le caractère raisonnable de sa décision. Premièrement, la Commission était la seule partie intimée lors du contrôle judiciaire initial de sa décision. Elle n'avait donc d'autre choix que de prendre part à l'instance pour que sa décision soit défendue au fond. Contrairement à d'autres provinces, l'Ontario n'a nommé aucun défenseur des droits des clients des services publics,

with acting to safeguard the public interest — with few alternatives but to participate as a party.

[61] Second, the Board is tasked with regulating the activities of utilities, including those in the electricity market. Its regulatory mandate is broad. Among its many roles: it licenses market participants, approves the development of new transmission and distribution facilities, and authorizes rates to be charged to consumers. In this case, the Board was exercising a regulatory role by setting just and reasonable payment amounts to a utility. This is unlike situations in which a tribunal may adjudicate disputes between two parties, in which case the interests of impartiality may weigh more heavily against full party standing.

[62] The nature of utilities regulation further argues in favour of full party status for the Board here, as concerns about the appearance of partiality are muted in this context. As noted by Doherty J.A., “[l]ike all regulated bodies, I am sure Enbridge wins some and loses some before the [Board]. I am confident that Enbridge fully understands the role of the regulator and appreciates that each application is decided on its own merits by the [Board]”: *Enbridge*, at para. 28. Accordingly, I do not find that the Board’s participation in the instant appeal was improper. It remains to consider whether the content of the Board’s arguments was appropriate.

(2) Bootstrapping

[63] The issue of tribunal “bootstrapping” is closely related to the question of when it is proper for a tribunal to act as a party on appeal or judicial review of its decision. The standing issue concerns what types of argument a tribunal may make, i.e.

si bien que la Commission — qui est légalement garante de l’intérêt public — n’avait pas vraiment d’autre avenue que celle de se constituer partie à l’instance.

[61] Deuxièmement, la Commission a pour mandat de régler les activités de services publics, y compris ceux qui appartiennent au domaine de l’électricité. Son mandat de réglementation est large. Au nombre de ses nombreuses fonctions, mentionnons l’octroi de permis aux participants du marché, l’approbation de nouvelles installations de transport et de distribution et l’autorisation des tarifs exigés des consommateurs. Dans la présente affaire, la Commission a exercé sa fonction de réglementation en établissant les paiements justes et raisonnables auxquels un service public avait droit. Il s’agit d’une situation différente de celle où le tribunal administratif est habilité à trancher un différend entre deux parties, le souci d’impartialité pouvant alors militer davantage contre la qualité d’agir comme partie à part entière.

[62] L’objet de la réglementation est un autre élément qui milite en faveur de la pleine reconnaissance de la qualité pour agir de la Commission, puisque la crainte d’apparence de partialité est faible en l’espèce. Pour reprendre les propos du juge Doherty dans *Enbridge*, par. 28, [TRADUCTION] « [à] l’instar de tout organisme réglementé, je suis certain que [la Commission] donne parfois raison à Enbridge et lui donne parfois tort. J’ose croire qu’Enbridge comprend parfaitement le rôle de l’organisme de réglementation et sait que [la Commission] statue sur chaque demande en fonction des faits qui lui sont propres ». Je conclus donc que la participation de la Commission au pourvoi n’a rien d’inapproprié. Reste à savoir si les arguments de la Commission sont appropriés.

(2) L’autojustification

[63] La question de l’« autojustification » est étroitement liée à celle de savoir à quelles conditions le tribunal administratif (ci-après le « tribunal ») est en droit d’agir comme partie à l’appel ou au contrôle judiciaire de sa décision. Statuer sur la

jurisdictional or merits arguments, while the bootstrapping issue concerns the content of those arguments.

[64] As the term has been understood by the courts who have considered it in the context of tribunal standing, a tribunal engages in bootstrapping where it seeks to supplement what would otherwise be a deficient decision with new arguments on appeal: see, e.g., *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1386 v. Bransen Construction Ltd.*, 2002 NBCA 27, 249 N.B.R. (2d) 93. Put differently, it has been stated that a tribunal may not “defen[d] its decision on a ground that it did not rely on in the decision under review”: *Goodis*, at para. 42.

[65] The principle of finality dictates that once a tribunal has decided the issues before it and provided reasons for its decision, “absent a power to vary its decision or rehear the matter, it has spoken finally on the matter and its job is done”: *Quadrini*, at para. 16, citing *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848. Under this principle, the court found that tribunals could not use judicial review as a chance to “amend, vary, qualify or supplement its reasons”: *Quadrini*, at para. 16. In *Leon’s Furniture*, Slatter J.A. reasoned that a tribunal could “offer interpretations of its reasons or conclusion, [but] cannot attempt to reconfigure those reasons, add arguments not previously given, or make submissions about matters of fact not already engaged by the record”: para. 29.

[66] By contrast, in *Goodis*, Goudge J.A. found on behalf of a unanimous court that while the Commissioner had relied on an argument not expressly set out in her original decision, this argument was available for the Commissioner to make on appeal. Though he recognized that “[t]he importance of reasoned decision making may be undermined if, when attacked in court, a tribunal can simply offer different, better, or even contrary reasons to

qualité pour agir d’un tribunal c’est décider de ce qu’il peut faire valoir (p. ex. des prétentions relatives à sa compétence ou à la justesse de sa décision), alors que l’« autojustification » touche à la teneur des prétentions.

[64] Suivant le sens attribué à cette notion par les cours de justice qui l’ont examinée dans le contexte de la qualité pour agir, un tribunal « s’autojustifie » lorsqu’il cherche, par la présentation de nouveaux arguments en appel, à étoffer une décision qui, sinon, serait lacunaire (voir p. ex. *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1386 c. Bransen Construction Ltd.*, 2002 NBCA 27, 249 R.N.-B. (2^e) 93). Autrement dit, un tribunal ne pourrait [TRADUCTION] « défendre sa décision en invoquant un motif qui n’a pas été soulevé dans la décision faisant l’objet du contrôle » (*Goodis*, par. 42).

[65] Le caractère définitif de la décision veut que, dès lors qu’il a tranché les questions dont il était saisi et qu’il a motivé sa décision, le tribunal ait statué définitivement et que son travail soit terminé, « à moins qu’il ne soit investi du pouvoir de modifier sa décision ou d’entendre à nouveau l’affaire » (*Quadrini*, par. 16, citant *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848). Partant, la cour a conclu qu’un tribunal ne peut profiter d’un contrôle judiciaire pour « modifier, changer, nuancer ou compléter ses motifs » (*Quadrini*, par. 16). Dans l’arrêt *Leon’s Furniture*, le juge Slatter affirme qu’un tribunal peut [TRADUCTION] « offrir différentes interprétations de ses motifs ou de sa conclusion, [mais] non tenter de remanier ses motifs, invoquer de nouveaux arguments ou se prononcer sur des questions de fait que ne soulève pas déjà le dossier » (par. 29).

[66] En revanche, le juge Goudge conclut, dans l’arrêt *Goodis*, avec l’accord de tous ses collègues, que même si la commissaire invoque un argument qui ne figure pas expressément dans sa décision initiale, elle peut le soulever en appel. Il reconnaît que [TRADUCTION] « [l’]importance de décisions bien étayées pourrait être compromise si un tribunal pouvait simplement offrir, à l’appui de sa décision attaquée devant une cour de justice,

support its decision” (para. 42), Goudge J.A. ultimately found that the Commissioner was permitted to raise a new argument on judicial review. The new argument presented was “not inconsistent with the reason offered in the decision. Indeed it could be said to be implicit in it”: para. 55. “It was therefore proper for the Commissioner to be permitted to raise this argument before the Divisional Court and equally proper for the court to decide on that basis”: para. 58.

[67] There is merit in both positions on the issue of bootstrapping. On the one hand, a permissive stance toward new arguments by tribunals on appeal serves the interests of justice insofar as it ensures that a reviewing court is presented with the strongest arguments in favour of both sides: *Semple*, at p. 315. This remains true even if those arguments were not included in the tribunal’s original reasons. On the other hand, to permit bootstrapping may undermine the importance of reasoned, well-written original decisions. There is also the possibility that a tribunal, surprising the parties with new arguments in an appeal or judicial review after its initial decision, may lead the parties to see the process as unfair. This may be particularly true where a tribunal is tasked with adjudicating matters between two private litigants, as the introduction of new arguments by the tribunal on appeal may give the appearance that it is “ganging up” on one party. As discussed, however, it may be less appropriate in general for a tribunal sitting in this type of role to participate as a party on appeal.

[68] I am not persuaded that the introduction of arguments by a tribunal on appeal that interpret or were implicit but not expressly articulated in its original decision offends the principle of finality. Similarly, it does not offend finality to permit a tribunal to explain its established policies and practices to the reviewing court, even if those were not described in the reasons under review. Tribunals need not repeat explanations of such practices in every decision merely to guard against charges of bootstrapping should they be called upon to explain them on appeal or review. A tribunal may also

des motifs différents, plus convaincants, voire opposés » (par. 42), mais il conclut finalement que la commissaire peut présenter un nouvel argument dans le cadre d’un contrôle judiciaire. Le nouvel argument n’est toutefois « pas incompatible avec les motifs formulés dans la décision, car on peut en effet affirmer qu’il en fait implicitement partie » (par. 55). « La commissaire pouvait donc soulever l’argument devant la Cour divisionnaire, et celle-ci pouvait en tenir compte pour se prononcer » (par. 58).

[67] Les deux thèses avancées sur l’autojustification se défendent. D’une part, il est dans l’intérêt de la justice de permettre au tribunal de présenter de nouveaux arguments en appel, car la cour de révision est alors saisie des arguments les plus convaincants à l’appui de chacune des thèses (*Semple*, p. 315). Cela demeure vrai même si ces arguments ne figurent pas dans la décision initiale. D’autre part, autoriser l’autojustification risque de compromettre l’importance de décisions bien étayées et bien rédigées au départ. Permettre au tribunal de présenter de nouveaux arguments en appel ou dans le cadre du contrôle judiciaire de sa décision initiale peut aussi amener les parties à conclure que le processus n’est pas équitable. Il peut surtout en être ainsi lorsque le tribunal est appelé à trancher des différends opposant deux personnes privées, puisque la présentation de nouveaux arguments en appel peut donner l’impression que le tribunal « se ligue » contre l’une des parties. Or, je le rappelle, il ne convient généralement pas que le tribunal doté d’un tel mandat participe en tant que partie à l’appel.

[68] Je ne suis pas convaincu que la formulation en appel de nouveaux arguments qui interprètent la décision initiale ou qui l’étaient implicitement, mais non expressément, va à l’encontre du principe du caractère définitif. De même, il n’est pas contraire à ce principe de permettre au tribunal d’expliquer à la cour de révision quelles sont ses politiques et pratiques établies, même lorsque les motifs contestés n’en font pas mention. Le tribunal n’a pas à les expliquer systématiquement dans chaque décision à la seule fin de se prémunir contre une allégation d’autojustification advenant qu’il

respond to arguments raised by a counterparty. A tribunal raising arguments of these types on review of its decision does so in order to uphold the initial decision; it is not reopening the case and issuing a new or modified decision. The result of the original decision remains the same even if a tribunal seeks to uphold that effect by providing an interpretation of it or on grounds implicit in the original decision.

[69] I am not, however, of the opinion that tribunals should have the unfettered ability to raise entirely new arguments on judicial review. To do so may raise concerns about the appearance of unfairness and the need for tribunal decisions to be well reasoned in the first instance. I would find that the proper balancing of these interests against the reviewing courts' interests in hearing the strongest possible arguments in favour of each side of a dispute is struck when tribunals do retain the ability to offer interpretations of their reasons or conclusions and to make arguments implicit within their original reasons: see *Leon's Furniture*, at para. 29; *Goodis*, at para. 55.

[70] In this case, I do not find that the Board impermissibly stepped beyond the bounds of its original decision in its arguments before this Court. In its reply factum, the Board pointed out — correctly, in my view — that its submissions before this Court simply highlight what is apparent on the face of the record, or respond to arguments raised by the respondents.

[71] I would, however, urge the Board, and tribunal parties in general, to be cognizant of the tone they adopt on review of their decisions. As Goudge J.A. noted in *Goodis*:

. . . if an administrative tribunal seeks to make submissions on a judicial review of its decision, it [should] pay careful attention to the tone with which it does so. Although this is not a discrete basis upon which its standing might be limited, there is no doubt that the tone

soit appelé à les préciser en appel ou en contrôle judiciaire. Il peut aussi répondre aux arguments de la partie adverse dans le cadre du contrôle judiciaire de sa décision car il le fait dans le but de faire confirmer sa décision initiale, non de rouvrir le dossier et de rendre une nouvelle décision ou de modifier la décision initiale. L'effet de la décision initiale demeure inchangé même lorsque le tribunal demande sa confirmation en offrant une interprétation de cette décision ou en invoquant des motifs qui la sous-tendent implicitement.

[69] Cependant, je ne crois pas qu'un tribunal devrait avoir la possibilité inconditionnelle de présenter une thèse entièrement nouvelle dans le cadre d'un contrôle judiciaire, car lui reconnaître cette faculté pourrait l'exposer à des allégations d'iniquité et nuire au prononcé de décisions bien motivées au départ. Je suis d'avis qu'il y a un juste équilibre entre ces considérations et celles voulant que la cour de révision entende les arguments les plus convaincants de chacune des parties lorsqu'il est permis au tribunal d'offrir différentes interprétations de ses motifs ou de ses conclusions ou de présenter des arguments qui sous-tendent implicitement ses motifs initiaux (voir *Leon's Furniture*, par. 29; *Goodis*, par. 55).

[70] Je ne crois pas que, dans la présente affaire, la Commission a indûment outrepassé les limites de sa décision initiale lorsqu'elle a présenté ses arguments devant notre Cour. Dans son mémoire en réplique, la Commission signale — à juste titre, selon moi — que ses observations mettent simplement en évidence ce qui ressort du dossier ou répondent aux arguments des intimées.

[71] J'exhorte toutefois la Commission et, de façon générale, tout tribunal qui se constitue partie à une instance à se soucier du ton qu'il adopte lors du contrôle judiciaire de sa décision. Comme le fait remarquer le juge Goudge dans l'arrêt *Goodis*,

[TRADUCTION] le tribunal administratif qui veut faire valoir son point de vue lors du contrôle judiciaire de sa décision [doit] porte[r] une attention particulière au ton qu'il adopte. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un motif précis pour lequel sa qualité pourrait être restreinte, il ne

of the proposed submissions provides the background for the determination of that issue. A tribunal that seeks to resist a judicial review application will be of assistance to the court to the degree its submissions are characterized by the helpful elucidation of the issues, informed by its specialized position, rather than by the aggressive partisanship of an adversary. [para. 61]

[72] In this case, the Board generally acted in such a way as to present helpful argument in an adversarial but respectful manner. However, I would sound a note of caution about the Board’s assertion that the imposition of the prudent investment test “would in all likelihood not change the result” if the decision were remitted for reconsideration (A.F., at para. 99). This type of statement may, if carried too far, raise concerns about the principle of impartiality such that a court would be justified in exercising its discretion to limit tribunal standing so as to safeguard this principle.

B. *Standard of Review*

[73] The parties do not dispute that reasonableness is the appropriate standard of review for the Board’s actions in applying its expertise to set rates and approve payment amounts under the *Ontario Energy Board Act, 1998*. I agree. In addition, to the extent that the resolution of this appeal turns on the interpretation of the *Ontario Energy Board Act, 1998*, the Board’s home statute, a standard of reasonableness presumptively applies: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 54; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 30; *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161, at para. 35. Nothing in this case suggests the presumption should be rebutted.

[74] This appeal involves two distinct uses of the term “reasonable”. One concerns the standard of review: on appeal, this Court is charged with evaluating the “justification, transparency and intelligibility” of the Board’s reasoning, and “whether the

fait aucun doute que le ton des observations proposées offre une toile de fond à cet égard. Le tribunal qui désire contester une demande de contrôle judiciaire sera utile à la cour dans la mesure où ses observations permettront d’éclaircir les questions et où elles seront fondées sur ses connaissances spécialisées, au lieu d’être empreintes d’un parti pris agressif contre la partie adverse. [par. 61]

[72] En l’espèce, la Commission a généralement présenté des arguments utiles dans le cadre d’un débat contradictoire, mais respectueux. Une mise en garde s’impose toutefois selon moi en ce qui concerne l’affirmation de la Commission selon laquelle l’application du critère de l’investissement prudent [TRADUCTION] « ne changerait vraisemblablement pas l’issue de l’affaire » si la décision lui était renvoyée pour réexamen (m.a., par. 99). Une telle affirmation peut, si elle est poussée trop loin, faire douter de l’impartialité du tribunal au point où une cour de justice serait justifiée d’exercer son pouvoir discrétionnaire et de limiter la qualité pour agir du tribunal de manière à préserver son impartialité.

B. *Norme de contrôle*

[73] Les parties conviennent que la norme de contrôle qui s’applique aux actes de la Commission lorsqu’elle fait appel à son expertise pour fixer les tarifs et approuver des paiements sur le fondement de la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* est celle de la décision raisonnable. Je suis d’accord. En outre, dans la mesure où l’issue du pourvoi repose sur l’interprétation de cette loi — la loi constitutive de la Commission —, l’application de la norme de la décision raisonnable doit être présumée (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 54; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 30; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161, par. 35). Rien ne donne à penser en l’espèce que la présomption soit réfutée.

[74] Le pourvoi fait intervenir deux notions distinctes de ce qui est « raisonnable ». L’une est liée à la norme de contrôle : en appel, la Cour doit apprécier la « justification [. . .], [. . .] la transparence et [. . .] l’intelligibilité » du raisonnement de la

decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” (*Dunsmuir*, at para. 47). The other is statutory: the Board’s rate-setting powers are to be used to ensure that, in its view, a just and reasonable balance is struck between utility and consumer interests. These reasons will attempt to keep the two uses of the term distinct.

C. *Choice of Methodology Under the Ontario Energy Board Act, 1998*

[75] The question of whether the Board’s decision to disallow recovery of certain costs was reasonable turns on how that decision relates to the Board’s statutory and regulatory powers to approve payments to utilities and to have these payments reflected in the rates paid by consumers. The Board’s general rate- and payment-setting powers are described above under the “Regulatory Framework” heading.

[76] The just-and-reasonable approach to recovery of the cost of services provided by a utility captures the essential balance at the heart of utilities regulation: to encourage investment in a robust utility infrastructure and to protect consumer interests, utilities must be allowed, over the long run, to earn their cost of capital, no more, no less.

[77] The *Ontario Energy Board Act, 1998* does not, however, either in s. 78.1 or elsewhere, prescribe the methodology the Board must use to weigh utility and consumer interests when deciding what constitutes just and reasonable payment amounts to the utility. Indeed, s. 6(1) of O. Reg. 53/05 expressly permits the Board, subject to certain exceptions set out in s. 6(2), to “establish the form, methodology, assumptions and calculations used in making an order that determines payment amounts for the purpose of section 78.1 of the Act”.

Commission et se demander si la décision appartient « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, par. 47). L’autre est d’origine législative : la Commission doit utiliser son pouvoir de fixation des tarifs de manière à établir un équilibre qu’elle considère juste et raisonnable entre les intérêts du service public et ceux des consommateurs. Je m’efforce ci-après de respecter cette distinction.

C. *Choix de la méthode suivant la Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*

[75] La question de savoir si le refus de la Commission d’approuver le recouvrement de certaines dépenses est raisonnable ou non dépend du lien de ce refus avec les pouvoirs légaux et réglementaires de la Commission d’approuver des paiements au service public et de répercuter ces paiements sur les tarifs exigés des consommateurs. Les pouvoirs généraux de la Commission en matière de fixation des tarifs et des paiements sont énoncés précédemment à la rubrique « Cadre réglementaire ».

[76] L’approche fondée sur le caractère juste et raisonnable des dépenses qu’un service public peut recouvrer rend compte de l’équilibre essentiel recherché dans la réglementation des services publics : pour encourager l’investissement dans une infrastructure robuste et protéger l’intérêt des consommateurs, un service public doit pouvoir, à long terme, toucher l’équivalent du coût du capital, ni plus, ni moins.

[77] Or, la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* ne prévoit ni à l’art. 78.1 ni à quelque autre article la méthode que doit utiliser la Commission pour soupeser les intérêts respectifs du service public et des consommateurs lorsqu’elle décide ce qui constitue des paiements justes et raisonnables. Certes, sous réserve de certaines exceptions prévues au par. 6(2), le par. 6(1) du règlement 53/05 permet expressément à la Commission de [TRADUCTION] « définir la forme, la méthode, les hypothèses et les calculs utilisés pour rendre une ordonnance qui établit le montant du paiement aux fins de l’article 78.1 de la Loi ».

[78] As a contrasting example, para. 4.1 of s. 6(2) of O. Reg. 53/05 establishes a specific methodology for use when the Board reviews “costs incurred and firm financial commitments made in the course of planning and preparation for the development of proposed new nuclear generation facilities”. When reviewing such costs, the Board must be satisfied that “the costs were prudently incurred” and that “the financial commitments were prudently made”: para. 4.1 of s. 6(2). The provision thus establishes a specific context in which the Board’s analysis is focused on the prudence of the decision to incur or commit to certain costs. The absence of such language in the more general s. 6(1) provides further reason to read the regulation as providing broad methodological discretion to the Board in making orders for payment amounts where the specific provisions of s. 6(2) do not apply.

[79] Regarding whether a presumption of prudence must be applied to OPG’s decisions to incur costs, neither the *Ontario Energy Board Act, 1998* nor O. Reg. 53/05 expressly establishes such a presumption. Indeed, the *Ontario Energy Board Act, 1998* places the burden on the applicant utility to establish that payment amounts approved by the Board are just and reasonable: s. 78.1(6) and (7). It would thus seem inconsistent with the statutory scheme to presume that utility decisions to incur costs were prudent.

[80] Justice Abella concludes that the Board’s review of OPG’s costs should have consisted of “an after-the-fact prudence review, with a rebuttable presumption that the utility’s expenditures were reasonable”: para. 150. Such an approach is contrary to the statutory scheme. While the Board has considerable methodological discretion, it does not have the freedom to displace the burden of proof established by s. 78.1(6) of the *Ontario Energy Board Act, 1998*: “. . . the burden of proof is on the applicant in an application made under this section”. Of course, this does not imply that the applicant must systematically prove that every single cost is just

[78] En revanche, la disposition 4.1 du par. 6(2) du règlement 53/05 prescrit le recours à une méthode particulière lorsque la Commission examine [TRADUCTION] « les dépenses faites et les engagements financiers fermes pris dans le cadre de la planification et de la préparation relatives à la réalisation d’installations nucléaires projetées ». La Commission doit être convaincue que « les dépenses ont été faites de manière prudente » et que « les engagements financiers ont été pris de manière prudente » (la disposition 4.1 du par. 6(2)). La disposition établit donc un cadre précis où l’analyse de la Commission est axée sur la prudence de la décision de faire certaines dépenses ou de convenir de certaines dépenses. L’absence d’un libellé en ce sens dans la disposition générale qu’est le par. 6(1) constitue un autre motif de considérer que le règlement confère à la Commission un large pouvoir discrétionnaire quant à la méthode à employer pour ordonner un paiement lorsque les dispositions particulières du par. 6(2) ne s’appliquent pas.

[79] Pour ce qui concerne la question de savoir si la présomption de prudence doit s’appliquer aux décisions d’OPG de faire des dépenses, ni la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*, ni le règlement 53/05 n’établissent expressément une telle présomption. D’ailleurs, suivant cette loi, il incombe au service public requérant d’établir que les paiements qu’il demande à la Commission d’approuver sont justes et raisonnables (par. 78.1(6) et (7)). Il semble donc contraire au régime législatif de présumer que la décision de faire des dépenses est prudente.

[80] La juge Abella conclut que l’examen des dépenses d’OPG par la Commission aurait dû consister à « contrôl[er] la prudence des dépenses après coup et [à] appliqu[er] la présomption réfutable selon laquelle elles étaient raisonnables » (par. 150). Or, une telle approche est contraire au régime législatif. La Commission jouit certes d’une grande marge de manœuvre quant au choix d’une méthode, mais elle n’a pas la faculté d’inverser le fardeau de la preuve établi au par. 78.1(6) de la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* : « . . . le fardeau de la preuve incombe au requérant dans une requête présentée en vertu du

and reasonable. The Board has broad discretion to determine the methods it may use to examine costs — it just cannot shift the burden of proof contrary to the statutory scheme.

[81] In judicially reviewing a decision of the Board to allow or disallow payments to a utility, the court's role is to assess whether the Board reasonably determined that a certain payment amount was "just and reasonable" for both the utility and the consumers. Such an approach is consistent with this Court's rate-setting jurisprudence in other regulatory domains in which the regulator is given methodological discretion, where it has been observed that "[t]he obligation to act is a question of law, but the choice of the method to be adopted is a question of discretion with which, under the statute, no Court of law may interfere": *Bell Canada v. Bell Aliant Regional Communications*, 2009 SCC 40, [2009] 2 S.C.R. 764, at para. 40 (concerning telecommunication rate-setting), quoting *Re General Increase in Freight Rates* (1954), 76 C.R.T.C. 12 (S.C.C.), at p. 13 (concerning railway freight rates). Of course, today this statement must be understood to permit intervention by a court where the exercise of discretion rendered a decision unreasonable. Accordingly, it remains to determine whether the Board's analytical approach to disallowing the costs at issue in this case rendered the Board's decision unreasonable under the "just and reasonable" standard.

D. Characterization of Costs at Issue

[82] Forecast costs are costs which the utility has not yet paid, and over which the utility still retains discretion as to whether the disbursement will be

présent article ». Il ne s'ensuit pas, bien sûr, que le requérant doit systématiquement prouver le caractère juste et raisonnable de chacune de ses dépenses, individuellement. La Commission jouit d'un grand pouvoir discrétionnaire qui lui permet d'arrêter les méthodes à employer dans l'examen des dépenses, mais elle ne peut tout simplement pas inverser le fardeau de la preuve qu'établit le régime législatif.

[81] La cour de justice appelée à contrôler la décision de la Commission d'approuver ou non des paiements à un service public doit se demander si la conclusion de la Commission selon laquelle un paiement d'un certain montant est « juste et raisonnable » tant pour le service public que pour le consommateur est raisonnable ou non. Cette approche concorde avec les décisions de notre Cour sur l'établissement de tarifs dans d'autres secteurs réglementés où l'organisme de réglementation dispose d'un pouvoir discrétionnaire qui lui permet de recourir à une méthode ou à une autre. Dans ces décisions, la Cour signale que « [l]'obligation d'agir est une question de droit, mais le choix de la méthode est une question relevant de l'exercice du pouvoir discrétionnaire et à l'égard de laquelle, selon le texte de loi, aucun tribunal judiciaire ne peut intervenir » (*Bell Canada c. Bell Aliant Communications régionales*, 2009 CSC 40, [2009] 2 R.C.S. 764, par. 40 (tarification des télécommunications), citant *Re General Increase in Freight Rates* (1954), 76 C.R.T.C. 12 (C.S.C.), p. 13 (tarification du transport ferroviaire des marchandises)). Certes, de nos jours, il faut voir dans ces propos la reconnaissance du pouvoir d'une cour de justice d'intervenir lorsqu'elle estime que l'exercice du pouvoir discrétionnaire a débouché sur une décision déraisonnable. Reste donc à décider si la méthode d'analyse retenue par la Commission pour refuser d'approuver les dépenses en l'espèce a rendu sa décision déraisonnable selon la norme du paiement « juste et raisonnable ».

D. Qualification des dépenses en cause

[82] Les dépenses prévues sont celles que le service public n'a pas encore acquittées et qu'un pouvoir discrétionnaire lui permet de renoncer à faire.

made. A disallowance of such costs presents a utility with a choice: it may change its plans and avoid the disallowed costs, or it may incur the costs regardless of the disallowance with the knowledge that the costs will ultimately be borne by the utility's shareholders rather than its ratepayers. By contrast, committed costs are those for which, if a regulatory board disallows recovery of the costs in approved payments, the utility and its shareholders will have no choice but to bear the burden of those costs themselves. This result may occur because the utility has already spent the funds, or because the utility entered into a binding commitment or was subject to other legal obligations that leave it with no discretion as to whether to make the payment in the future.

[83] There is disagreement between the parties as to how the costs disallowed by the Board in this matter should be characterized. The Board asserts that compensation costs for the test period are forecast insofar as they have not yet been disbursed, while OPG asserts that the costs should be characterized as committed, because OPG is under a contractual obligation to pay those amounts when they become due. This disagreement is important because a “no hind-sight” prudence review, which is discussed in detail below, has developed in the context of “committed” costs. Indeed, it makes no sense to apply such a test where a utility still retains discretion over whether the costs will ultimately be incurred; the decision to commit the utility to such costs has not yet been made. Accordingly, where the regulator has discretion over its methodological approach, understanding whether the costs at issue are “forecast” or “committed” may be helpful in reviewing the reasonableness of a regulator's choice of methodology.

[84] In this case, at least some of the compensation costs that the Board found to be excessive were driven by collective agreements to which OPG had committed before the application at issue, and which established compensation costs that were, in aggregate, above the 75th percentile for comparable positions at other utilities. The collective agreements left OPG with limited flexibility

Lorsque leur approbation est refusée, le service public peut soit modifier ses plans et renoncer aux dépenses, soit les faire malgré le refus étant entendu qu'elles seront assumées par les actionnaires plutôt que par les consommateurs. À l'opposé, les dépenses convenues sont celles que ses actionnaires et lui n'auront d'autre choix que d'assumer si l'organisme de réglementation refuse de permettre leur recouvrement et d'approuver les paiements sollicités. Cela peut advenir lorsque le service public a déjà déboursé la somme en cause ou qu'il a pris un engagement contraignant ou était assujéti à d'autres obligations qui écartent tout pouvoir discrétionnaire lui permettant de ne pas acquitter la somme ultérieurement.

[83] Les parties ne s'entendent pas sur la qualification des dépenses que la Commission a refusé d'approuver. Selon cette dernière, les dépenses de rémunération pour la période de référence sont des dépenses prévues dans la mesure où elles n'ont pas encore été acquittées. OPG soutient plutôt qu'il s'agit de dépenses convenues puisqu'elle est tenue par contrat de verser les sommes en cause au moment où elles deviennent exigibles. Ce désaccord est important car le contrôle de la prudence « sans recul », sur lequel je reviendrai plus en détail, a vu le jour dans le contexte de dépenses « convenues ». Il est en effet absurde d'appliquer ce critère lorsque le service public peut encore décider, en fin de compte, de faire ou non les dépenses; la décision de convenir de ces dépenses n'a pas encore été prise. Par conséquent, lorsque l'organisme de réglementation possède un pouvoir discrétionnaire quant à la méthode à employer, la qualification des dépenses — « prévues » ou « convenues » — peut constituer une étape importante pour statuer sur le caractère raisonnable de la méthode retenue.

[84] En l'espèce, au moins une partie des dépenses de rémunération jugées excessives par la Commission était imputable à des conventions collectives qu'OPG avait conclues avant la présentation de sa demande et qui faisaient en sorte que sa masse salariale globale dépasse le 75^e percentile pour des emplois comparables dans d'autres services publics. Les conventions collectives laissaient

regarding overall compensation rates or staffing levels — OPG was required to abide by wage and staffing levels established by collective agreements, and retained flexibility only over terms outside the bounds of those agreements — and thus those portions of OPG’s compensation rates and staffing levels that were dictated by the terms of the collective agreements were committed costs.

[85] However, the Board found that OPG’s compensation costs for the test period were not entirely driven by the collective agreements, and thus were not entirely committed, because OPG retained some flexibility to manage total staffing levels in light of projected attrition of a mature workforce. The Board Decision did not, however, include detailed forecasts regarding exactly how much of the \$145 million in disallowed compensation costs could be recovered through natural reduction in employee numbers or other adjustments, and how much would necessarily be borne by the utility and its shareholder. Accordingly, the disallowed costs at issue must be understood as being at least partially committed. It is unreasonable to characterize them as entirely forecast in view of the constraints placed on OPG by the collective agreements.

[86] Having established that the disallowed costs are at least partially committed, it is necessary to consider whether the Board acted reasonably in not applying a no-hindsight prudent investment test in assessing those costs. Accordingly, I now turn to the jurisprudential history and methodological details of the prudent investment test.

E. The Prudent Investment Test

[87] In order to assess whether the Board’s methodology was reasonable in this case, it is necessary to provide some background on the prudent investment test (sometimes referred to as “prudence review” or the “prudence test”) in order to identify its origins, place it in context, and explore how it has

peu de marge de manœuvre quant aux barèmes de rémunération et aux niveaux de dotation dans leur ensemble, OPG devait respecter ceux établis par les conventions collectives et elle ne jouissait d’une marge de manœuvre que pour les conditions qui n’étaient pas ainsi régies. Par conséquent, les dépenses liées aux barèmes de rémunération et aux niveaux de dotation imposés par les conventions collectives étaient des dépenses convenues.

[85] La Commission conclut cependant que les dépenses de rémunération pour la période de référence ne sont pas toutes déterminées par les conventions collectives et qu’elles ne sont donc pas toutes convenues, car OPG dispose d’une certaine marge de manœuvre pour gérer globalement les niveaux de dotation en fonction du départ prévu d’employés d’âge mûr. Toutefois, la décision de la Commission ne précise pas quel pourcentage exact des 145 millions de dollars refusés au chapitre de la rémunération pourrait être recouvré grâce à la réduction naturelle du nombre d’employés ou à d’autres ajustements, ni quel pourcentage serait nécessairement assumé par le service public et son actionnaire. Par conséquent, les dépenses refusées en l’espèce doivent être considérées comme des dépenses convenues, du moins en partie. Il est déraisonnable d’y voir en totalité des dépenses prévues étant donné l’effet contraignant des conventions collectives sur OPG.

[86] Après avoir établi que les dépenses refusées sont, du moins partiellement, des dépenses convenues, il faut déterminer si la Commission a agi de façon raisonnable en appliquant le critère de l’investissement prudent sans exclure le recul. J’examine donc maintenant l’historique jurisprudentiel du critère de l’investissement prudent et les données méthodologiques y afférentes.

E. Le critère de l’investissement prudent

[87] Décider si la méthode de la Commission était raisonnable en l’espèce exige de se pencher sur l’historique du critère de l’investissement prudent (parfois appelé « contrôle de la prudence » ou « critère de la prudence ») pour déterminer ses origines, le situer dans le contexte et savoir quelle portée lui

been understood by utilities, regulators, and legislators.

(1) American Jurisprudence

[88] American jurisprudence has played a significant role in the history of the prudent investment test in utilities regulation. In discussing this history, I would first reiterate this Court’s observation that “[w]hile the American jurisprudence and texts in this area should be considered with caution given that Canada and the United States have very different political and constitutional-legal regimes, they do shed some light on the issue”: *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at para. 54.

[89] The origins of the prudent investment test in the context of utilities regulation may be traced to Justice Brandeis of the Supreme Court of the United States, who wrote a concurring opinion in 1923 to observe that utilities should receive deference in seeking to recover “investments which, under ordinary circumstances, would be deemed reasonable”: *State of Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. v. Public Service Commission of Missouri*, 262 U.S. 276 (1923), at p. 289, fn.1.

[90] In the decades that followed, American utility regulators tasked with reviewing past-incurred utility costs generally employed one of two standards: the “used and useful” test or the “prudent investment” test (J. Kahn, “Keep *Hope Alive*: Updating the Prudent Investment Standard for Allocating Nuclear Plant Cancellation Costs” (2010), 22 *Fordham Envtl. L. Rev.* 43, at p. 49). These tests took different approaches to determining what costs could justly and reasonably be passed on to ratepayers. The used and useful test allowed utilities to earn returns only on those investments that were actually used and useful to the utility’s operations, on the principle that ratepayers should not be compelled to pay for investments that do not benefit them.

ont attribué les services publics, les organismes de réglementation et les rédacteurs législatifs.

(1) Jurisprudence américaine

[88] La jurisprudence américaine a joué un rôle important dans l’application du critère de l’investissement prudent aux services publics réglementés. Rappelons d’abord l’observation de notre Cour selon laquelle, « [b]ien qu’il faille aborder avec circonspection la jurisprudence et la doctrine américaines dans ce domaine — les régimes politiques des États-Unis et du Canada étant fort différents, tout comme leurs régimes de droit constitutionnel —, elles éclairent la question » (*ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, par. 54).

[89] L’application du critère de l’investissement prudent aux services publics réglementés s’origine de l’opinion concordante du juge Brandeis, de la Cour suprême des États-Unis, datant de 1923 et selon laquelle les services publics ont droit à la déférence lorsqu’ils cherchent à recouvrer [TRADUCTION] « un investissement qui, normalement, serait considéré comme raisonnable » (*State of Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. c. Public Service Commission of Missouri*, 262 U.S. 276 (1923), p. 289, note 1).

[90] Dans les décennies qui ont suivi, les organismes de réglementation américains chargés de l’examen de dépenses déjà faites par les services publics ont généralement appliqué soit le critère axé sur [TRADUCTION] « l’emploi et l’utilité », soit le critère de « l’investissement prudent » (J. Kahn, « *Keep Hope Alive* : Updating the Prudent Investment Standard for Allocating Nuclear Plant Cancellation Costs » (2010), 22 *Fordham Envtl. L. Rev.* 43, p. 49). À chacun de ces critères correspond une approche différente pour déterminer quelles dépenses peuvent équitablement et raisonnablement être reflétées aux consommateurs. Le critère de l’emploi et de l’utilité permet au service public d’obtenir un rendement, mais seulement sur l’investissement qui est réellement employé et qui se révèle utile à l’exploitation de l’entreprise, étant entendu que les consommateurs ne doivent pas être tenus de payer pour un investissement dont ils ne bénéficient pas.

[91] By contrast, the prudent investment test followed Justice Brandeis's preferred approach by allowing for recovery of costs provided they were not imprudent based on what was known at the time the investment or expense was incurred: Kahn, at pp. 49-50. Though it may seem problematic from the perspective of consumer interests to adopt the prudent investment test — a test that allows for payments related to investments that may not be used or useful — it gives regulators a tool to soften the potentially harsh effects of the used and useful test, which may place onerous burdens on utilities. Disallowing recovery of the cost of failed investments that appeared reasonable at the time, for example, may imperil the financial health of utilities, and may chill the incentive to make such investments in the first place. This effect may then have negative implications for consumers, whose long-run interests will be best served by a dynamically efficient and viable electricity industry. Thus, the prudent investment test may be employed by regulators to strike the appropriate balance between consumer and utility interests: see Kahn, at pp. 53-54.

[92] The states differed in their approaches to setting the statutory foundation for utility regulation. Regulators in some states were free to apply the prudent investment test, while other states enacted statutory provisions disallowing compensation in respect of capital investments that were not “used and useful in service to the public”: *Duquesne Light Co. v. Barasch*, 488 U.S. 299 (1989), at p. 302. Notably, when asked in *Duquesne* to consider whether “just and reasonable” payments to utilities required, as a constitutional matter, that the prudent investment test be applied to past-incurred costs, the U.S. Supreme Court held that “[t]he designation of a single theory of ratemaking as a constitutional requirement would unnecessarily foreclose alternatives which could benefit both consumers and investors”: p. 316.

[91] Au critère de l'investissement prudent correspond l'approche retenue par le juge Brandeis et selon laquelle des dépenses peuvent être recouvrées si elles ne sont pas imprudentes compte tenu de ce qu'on sait au moment où est fait l'investissement ou la dépense (Kahn, p. 49-50). Bien qu'il puisse sembler problématique du point de vue de la protection des intérêts des consommateurs d'adopter le critère de l'investissement prudent — dans la mesure où il autorise un paiement pour un investissement qui n'a été ni employé ni utile —, ce critère permet aux organismes de réglementation d'atténuer les possibles effets draconiens du critère de l'emploi et de l'utilité, lequel impose un lourd fardeau au service public. Par exemple, refuser le recouvrement d'un mauvais investissement qui paraissait raisonnable au moment où il a été fait risque de compromettre la santé financière du service public et d'avoir un effet dissuasif sur l'investissement ultérieur de capitaux par ce dernier. Pareil résultat peut ensuite entraîner des conséquences négatives pour les consommateurs, dont les intérêts à long terme sont mieux servis si le secteur de l'électricité est à la fois dynamique, efficace et viable. Par conséquent, un organisme de réglementation peut recourir au critère de l'investissement prudent afin d'établir un juste équilibre entre les intérêts des consommateurs et ceux du service public (voir Kahn, p. 53-54).

[92] Les États ont eu recours à des approches différentes pour établir le fondement légal de la réglementation des services publics. Certains ont permis aux organismes de réglementation d'appliquer le critère de l'investissement prudent, alors que d'autres ont légiféré pour écarter le recouvrement de capitaux investis qui n'étaient [TRADUCTION] « ni employés ni utiles au public » (*Duquesne Light Co. v. Barasch*, 488 U.S. 299 (1989), p. 302). Fait à signaler, dans cette affaire où on lui demandait si des paiements « justes et raisonnables » à un service public nécessitaient, sur le plan constitutionnel, que le critère de l'investissement prudent s'applique aux dépenses déjà faites, la Cour suprême des É.-U. a conclu que « [l']élévation d'une seule méthode de tarification au rang de norme constitutionnelle écarterait inutilement d'autres avenues dont pourraient bénéficier à la fois consommateurs et investisseurs » (p. 316).

[93] American courts have also recognized that there may exist some contexts in which certain features of the prudent investment test may be less justifiable. For example, the Supreme Court of Utah considered whether a presumption of reasonableness was justified when reviewing costs passed to a utility by an unregulated affiliate entity, and concluded that it was not appropriate:

. . . we do not think an affiliate expense should carry a presumption of reasonableness. While the pressures of a competitive market might allow us to assume, in the absence of a showing to the contrary, that nonaffiliate expenses are reasonable, the same cannot be said of affiliate expenses not incurred in an arm's length transaction.

(*U.S. West Communications, Inc. v. Public Service Commission of Utah*, 901 P.2d 270 (Utah 1995), at p. 274)

[94] Treatment of the prudent investment test in American jurisprudence thus indicates that the test has been employed as a tool that may be useful in arriving at just and reasonable outcomes, rather than a mandatory feature of utilities regulation that must be applied regardless of whether there is statutory language to that effect.

(2) Canadian Jurisprudence

[95] Following its emergence in American jurisprudence, several Canadian utility regulators and courts have also considered the role of prudence review and, in some cases, applied a form of the prudent investment test. I provide a review of some of these cases here not in an attempt to exhaustively catalogue all uses of the test, but rather to set out the way in which the test has been invoked in various contexts.

[96] In *British Columbia Electric Railway Co. v. Public Utilities Commission of British Columbia*, [1960] S.C.R. 837, Martland J. observed that the statute at issue in that case directed that the regulator, in fixing rates,

[93] Les cours de justice américaines ont aussi reconnu que, dans certains contextes, des aspects du critère de l'investissement prudent peuvent se révéler moins justifiables. Par exemple, saisie du contrôle judiciaire de coûts transférés à un service public par une entreprise affiliée non réglementée, la Cour suprême de l'Utah s'est demandé s'il était justifié de présumer que les coûts étaient raisonnables et elle a conclu par la négative :

[TRADUCTION] . . . nous ne pensons pas que les dépenses de l'affiliée devraient être présumées raisonnables. Bien que la pression exercée par un marché concurrentiel puisse nous permettre de présumer, faute d'une preuve contraire, que les dépenses d'une entreprise non affiliée sont raisonnables, on ne peut en dire autant des dépenses d'une affiliée qui ne sont pas faites dans le cadre d'une opération sans lien de dépendance.

(*U.S. West Communications, Inc. c. Public Service Commission of Utah*, 901 P.2d 270 (Utah 1995), p. 274)

[94] Il appert donc de la jurisprudence américaine que le critère de l'investissement prudent s'est révélé utile pour arriver à un résultat juste et raisonnable, mais qu'il ne saurait constituer un élément obligatoire de la réglementation des services publics dont l'application s'impose même lorsqu'aucune disposition législative ne le prévoit.

(2) Jurisprudence canadienne

[95] Sous l'impulsion de la jurisprudence américaine, plusieurs organismes de réglementation et cours de justice du Canada se sont aussi penchés sur le rôle du contrôle de la prudence et ont parfois appliqué une variante du critère de l'investissement prudent. Je passerai en revue certaines de leurs décisions dans le but non pas de répertorier toutes les applications du critère, mais bien de faire état de la manière dont on l'a appliqué dans différents contextes.

[96] Dans l'arrêt *British Columbia Electric Railway Co. c. Public Utilities Commission of British Columbia*, [1960] R.C.S. 837, le juge Martland relève que, suivant la loi en cause, l'organisme de réglementation est tenu à ce qui suit lorsqu'il fixe des tarifs :

- (a) . . . shall consider all matters which it deems proper as affecting the rate: [and]
- (b) . . . shall have due regard, among other things, to the protection of the public from rates that are excessive as being more than a fair and reasonable charge for services of the nature and quality furnished by the public utility; and to giving to the public utility a fair and reasonable return upon the appraised value of the property of the public utility used, or prudently and reasonably acquired, to enable the public utility to furnish the service. [p. 852]

(Quoting *Public Utilities Act*, R.S.B.C. 1948, c. 277, s. 16(1)(b) (repealed S.B.C. 1973, c. 29, s. 187).)

The consequence of this statutory language, Martland J. held, was that the regulator, “when dealing with a rate case, has unlimited discretion as to the matters which it may consider as affecting the rate, but that it must, when actually setting the rate, meet the two requirements specifically mentioned in clause (b)”: p. 856. That is, the regulator, under this statute, must ensure that the public pays only fair and reasonable charges, and that the utility secures a fair and reasonable return upon its property used *or prudently and reasonably acquired*. This express statutory protection for the recovery of prudently made property acquisition costs thus provides an example of statutory language under which this Court found a non-discretionary obligation to provide a fair return to utilities for capital expenditures that were either used or prudently acquired.

[97] In 2005, the Nova Scotia Utility and Review Board (“NSUARB”) considered and adopted a definition of the prudent investment test articulated by the Illinois Commerce Commission:

. . . prudence is that standard of care which a reasonable person would be expected to exercise under the same circumstances encountered by utility management at the time decisions had to be made. . . . Hindsight is not applied in assessing prudence. . . . A utility’s decision is

[TRADUCTION]

- (a) . . . considérer tout élément qu’il juge susceptible d’influer sur les tarifs; [et]
- (b) . . . tenir dûment compte, notamment, de la protection du public contre les tarifs excessifs qui excèdent ce qui est juste et raisonnable en contrepartie du service de la nature et de la qualité de celui fourni et de l’obtention par le service public d’un rendement juste et raisonnable sur les biens qu’il affecte à la prestation du service ou qu’il acquiert à cette fin de manière prudente et raisonnable, selon leur valeur d’expertise. [p. 852]

(Citant *Public Utilities Act*, R.S.B.C. 1948, c. 227, al. 16(1)(b) (abrogé S.B.C. 1973, c. 29, art. 187).)

Le juge Martland conclut de ce libellé que l’organisme de réglementation [TRADUCTION] « appelé à se prononcer sur la fixation de tarifs jouit d’un pouvoir discrétionnaire absolu quant aux éléments qu’il juge susceptibles d’influer sur les tarifs, mais qu’il doit, lorsqu’il établit la tarification, satisfaire aux deux exigences expressément prévues à l’al. (b) » (p. 856). Ainsi, l’organisme de réglementation est tenu par cette loi de faire en sorte que le public ne paie que ce qui est juste et raisonnable et que le service public obtienne un rendement juste et raisonnable sur la valeur des biens qu’il a utilisés *ou acquis de manière prudente et raisonnable*. Cette protection légale expresse du recouvrement du coût des biens acquis avec prudence offre un exemple de libellé législatif sur le fondement duquel notre Cour a conclu à l’existence d’une obligation non discrétionnaire d’assurer au service public un rendement juste sur les immobilisations qu’il a utilisées ou acquises avec prudence.

[97] En 2005, la Nova Scotia Utility and Review Board (« NSUARB ») a examiné puis adopté la définition du critère de l’investissement prudent proposée par l’Illinois Commerce Commission :

[TRADUCTION] . . . la prudence est la norme de diligence qu’une personne raisonnable aurait respectée dans la situation rencontrée par la direction du service public au moment où elle a dû prendre les décisions. [. . .] Le recul est exclu lorsqu’il s’agit d’apprécier la prudence. [. . .]

prudent if it was within the range of decisions reasonable persons might have made. . . . The prudence standard recognizes that reasonable persons can have honest differences of opinion without one or the other necessarily being imprudent.

(*Nova Scotia Power Inc., Re*, 2005 NSUARB 27 (“*Nova Scotia Power 2005*”), at para. 84 (CanLII))

The NSUARB then wrote that “[f]ollowing a review of the cases, the Board finds that the definition of imprudence as set out by the Illinois Commerce Commission is a reasonable test to be applied in Nova Scotia”: para. 90. The NSUARB then considered, among other things, whether the utility’s recent fuel procurement strategy had been prudent, and found that it had not: para. 94. It did not, however, indicate that it believed itself to be compelled to apply the prudent investment test.

[98] The NSUARB reaffirmed its endorsement of the prudent investment test in 2012: *Nova Scotia Power Inc. (Re)*, 2012 NSUARB 227 (“*Nova Scotia Power 2012*”), at paras. 143-46 (CanLII). In that case, the utility whose submissions were under review “confirmed that from its perspective this is the test the Board should apply”: para. 146. The NSUARB then applied the prudence test in evaluating whether several of the utility’s operational decisions were prudent, and found that some were not: para. 188.

[99] In 2006, the Ontario Court of Appeal considered the meaning of the prudent investment test in *Enbridge*. This case is of particular interest for two reasons. First, the Ontario Court of Appeal endorsed in its reasons a specific formulation of the prudent investment test framework:

– Decisions made by the utility’s management should generally be presumed to be prudent unless challenged on reasonable grounds.

La décision du service public est prudente si elle fait partie des décisions qu’une personne raisonnable aurait pu prendre. [. . .] La norme de la prudence reconnaît que des personnes raisonnables peuvent sincèrement différer d’opinions sans pour autant que l’une ou l’autre soit imprudente.

(*Nova Scotia Power Inc., Re*, 2005 NSUARB 27 (« *Nova Scotia Power 2005* »), par. 84 (CanLII))

La NSUARB conclut alors que, [TRADUCTION] « [a]près examen de la jurisprudence, [. . .] la définition d’imprudence proposée par l’Illinois Commerce Commission constitue un critère raisonnable susceptible d’application en Nouvelle-Écosse » (par. 90). Elle se demande notamment si la stratégie récente d’achat de carburant du service public a été prudente, et elle répond par la négative (par. 94). Elle ne se dit cependant pas tenue d’appliquer le critère de l’investissement prudent.

[98] En 2012, la NSUARB a renouvelé son adhésion au critère de l’investissement prudent (*Nova Scotia Power Inc. (Re)*, 2012 NSUARB 227 (« *Nova Scotia Power 2012* »), par. 143-146 (CanLII)). Dans cette affaire, le service public dont les arguments faisaient l’objet de l’examen [TRADUCTION] « a confirmé que, selon lui, il s’agit du critère que la commission devrait appliquer » (par. 146). La NSUARB a ensuite appliqué le critère de la prudence pour décider si plusieurs décisions opérationnelles du service public avaient été prudentes ou non, et elle a conclu que certaines d’entre elles ne l’avaient pas été (par. 188).

[99] En 2006, dans l’arrêt *Enbridge*, la Cour d’appel de l’Ontario se penche sur la teneur du critère de l’investissement prudent. Cet arrêt revêt un intérêt particulier pour deux raisons. Premièrement, la Cour d’appel y circonscrit précisément l’application du critère :

[TRADUCTION]

– La décision de la direction du service public est généralement présumée prudente, sauf contestation pour motifs valables.

– To be prudent, a decision must have been reasonable under the circumstances that were known or ought to have been known to the utility at the time the decision was made.

– Hindsight should not be used in determining prudence, although consideration of the outcome of the decision may legitimately be used to overcome the presumption of prudence.

– Prudence must be determined in a retrospective factual inquiry, in that the evidence must be concerned with the time the decision was made and must be based on facts about the elements that could or did enter into the decision at the time. [para. 10]

[100] Second, the Court of Appeal in *Enbridge* made certain statements that suggest that the prudent investment test was a necessary approach to reviewing committed costs. Specifically, it noted that in deciding whether Enbridge’s requested rate increase was just and reasonable,

the [Board] was required to balance the competing interests of Enbridge and its consumers. That balancing process is achieved by the application of what is known in the utility rate regulation field as the “prudence” test. Enbridge was entitled to recover its costs by way of a rate increase only if those costs were “prudently” incurred. [para. 8]

The Court of Appeal also noted that the Board had applied the “proper test”: para. 18. These statements tend to suggest that the Court of Appeal was of the opinion that prudence review is an inherent and necessary part of ensuring just and reasonable payments.

[101] However, the question of whether the prudence test was a required feature of just-and-reasonable analysis in this context was not squarely before the Court of Appeal in *Enbridge*. Rather, the parties in that case “were in substantial agreement on the general approach the Board should take to reviewing the prudence of a utility’s decision” (para. 10), and the question at issue was whether

– Pour qu’elle soit prudente, la décision doit être raisonnable eu égard aux circonstances que connaissait ou qu’aurait dû connaître le service public au moment où il l’a prise.

– Le recul est exclu de l’appréciation de la prudence, même lorsque les conséquences de la décision peuvent légitimement servir à réfuter la présomption de prudence.

– La prudence est appréciée dans le cadre d’une analyse factuelle rétrospective en ce que la preuve doit porter sur le moment où la décision a été prise et reposer sur des faits quant aux éléments qui ont pu entrer en ligne de compte ou qui sont effectivement entrés en ligne de compte dans la décision. [par. 10]

[100] Deuxièmement, elle donne plusieurs fois à entendre que le recours au critère de l’investissement prudent est nécessaire pour se prononcer sur les dépenses convenues. Plus précisément, elle signale que pour décider du caractère juste et raisonnable de l’augmentation des tarifs demandée par Enbridge,

[TRADUCTION] la [Commission] était tenue de soupeser les intérêts opposés d’Enbridge et des consommateurs. Pour ce faire, elle devait appliquer ce qu’on appelle dans le domaine de la réglementation des tarifs des services publics le critère de la « prudence ». Enbridge était en droit de recouvrer ses coûts au moyen d’une augmentation de ses tarifs, mais seulement si la décision derrière ces coûts était « prudente ». [par. 8]

La Cour d’appel ajoute que la Commission a appliqué le [TRADUCTION] « bon critère » (par. 18). Ces affirmations tendent à indiquer que, selon la Cour d’appel, le contrôle de la prudence est fondamental et nécessaire afin que les paiements soient justes et raisonnables.

[101] Or, dans cette affaire, la Cour d’appel n’était pas directement saisie de la question de savoir si, dans ce contexte, l’application du critère de la prudence était nécessaire à l’appréciation du caractère juste et raisonnable des paiements. En fait, les parties s’entendaient [TRADUCTION] « pour l’essentiel sur la démarche qui devait être celle de la Commission pour apprécier la prudence d’une décision d’un

the Board had reasonably applied that agreed-upon approach. In this sense, *Enbridge* is similar to *Nova Scotia Power 2012*: both cases involved the application of prudence analysis in contexts where there was no dispute over whether an alternative methodology could reasonably have been applied.

(3) Conclusion Regarding the Prudent Investment Test

[102] The prudent investment test, or prudence review, is a valid and widely accepted tool that regulators may use when assessing whether payments to a utility would be just and reasonable. While there exist different articulations of prudence review, *Enbridge* presents one express statement of how a regulatory board might structure its review to assess the prudence of utility expenditures at the time they were incurred or committed. A no-hindsight prudence review has most frequently been applied in the context of capital costs, but *Enbridge* and *Nova Scotia Power* (both 2005 and 2012) provide examples of its application to decisions regarding operating costs as well. I see no reason in principle why a regulatory board should be barred from applying the prudence test to operating costs.

[103] However, I do not find support in the statutory scheme or the relevant jurisprudence for the notion that the Board should be *required* as a matter of law, under the *Ontario Energy Board Act, 1998*, to apply the prudence test as outlined in *Enbridge* such that the mere decision not to apply it when considering committed costs would render its decision on payment amounts unreasonable. Nor is the creation of such an obligation by this Court justified. As discussed above, where a statute requires only that the regulator set “just and reasonable” payments, as the *Ontario Energy Board Act, 1998* does in Ontario, the regulator may make use of a variety of analytical tools in assessing the justness and reasonableness of a utility’s proposed payment

service public » (par. 10). La question en litige était celle de savoir si la Commission avait eu recours à cette démarche de manière raisonnable. En ce sens, l’affaire *Enbridge* s’apparente à *Nova Scotia Power 2012* : les deux concernent l’application du critère de la prudence lorsqu’aucune des parties ne soutient qu’une autre démarche aurait pu raisonnablement s’appliquer.

(3) Conclusion sur le critère de l’investissement prudent

[102] Le critère de l’investissement prudent — ou contrôle de la prudence — offre aux organismes de réglementation un moyen valable et largement reconnu d’apprécier le caractère juste et raisonnable des paiements sollicités par un service public. Il existe certes des formulations différentes du contrôle de la prudence, mais l’arrêt *Enbridge* précise en détail quelle peut être la démarche d’un organisme de réglementation appelé à décider si, au moment où le service public les a faites ou en a convenu, les dépenses étaient prudentes ou non. Le plus souvent, le contrôle de la prudence excluant le recul s’applique aux coûts en capital, mais l’arrêt *Enbridge* et les décisions *Nova Scotia Power* (2005 et 2012) montrent qu’il s’applique aussi aux dépenses d’exploitation. Je ne vois aucune raison de principe d’interdire à un organisme de réglementation d’appliquer le critère de la prudence aux dépenses d’exploitation.

[103] Toutefois, aucun élément du régime législatif ou de la jurisprudence applicable ne me paraît appuyer l’idée que la Commission devrait être *tenue* en droit, suivant la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*, d’appliquer le critère de la prudence énoncé dans l’arrêt *Enbridge*, de sorte que la seule décision de ne pas l’appliquer pour apprécier la prudence de dépenses convenues rendrait déraisonnable sa décision sur les paiements. Notre Cour n’est pas non plus justifiée de créer pareille obligation. Je le répète, lorsqu’un texte législatif — telle la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* en Ontario — exige seulement qu’il fixe des paiements « justes et raisonnables », l’organisme de réglementation peut avoir recours à divers

amounts. This is particularly so where, as here, the regulator has been given express discretion over the methodology to be used in setting payment amounts: O. Reg. 53/05, s. 6(1).

[104] To summarize, it is not necessarily unreasonable, in light of the particular regulatory structure established by the *Ontario Energy Board Act, 1998*, for the Board to evaluate committed costs using a method other than a no-hindsight prudence review. As noted above, applying a presumption of prudence would have conflicted with the burden of proof in the *Ontario Energy Board Act, 1998* and would therefore not have been reasonable. The question of whether it was reasonable to assess a particular cost using hindsight should turn instead on the circumstances of that cost. I emphasize, however, that this decision should not be read to give regulators *carte blanche* to disallow a utility's committed costs at will. Prudence review of committed costs may in many cases be a sound way of ensuring that utilities are treated fairly and remain able to secure required levels of investment capital. As will be explained, particularly with regard to committed capital costs, prudence review will often provide a reasonable means of striking the balance of fairness between consumers and utilities.

[105] This conclusion regarding the Board's ability to select its methodology rests on the particulars of the statutory scheme under which the Board operates. There exist other statutory schemes in which regulators are expressly required to compensate utilities for certain costs prudently incurred: see *British Columbia Electric Railway Co.* Under such a framework, the regulator's methodological discretion may be more constrained.

moyens d'analyse pour apprécier le caractère juste et raisonnable des paiements sollicités par le service public. Cela est particulièrement vrai lorsque, comme en l'espèce, l'organisme de réglementation se voit accorder expressément un pouvoir discrétionnaire quant à la méthode à appliquer pour fixer les paiements (règlement 53/05, par. 6(1)).

[104] En résumé, il n'est pas nécessairement déraisonnable, à la lumière du cadre réglementaire établi par la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*, que la Commission se prononce sur les dépenses convenues en employant une autre méthode que l'application d'un critère de prudence qui exclut le recul. Comme nous l'avons vu, présumer la prudence serait incompatible avec le fardeau de preuve que prévoit la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* et, de ce fait, déraisonnable. Qu'il soit raisonnable ou non d'apprécier certaines dépenses avec le recul devrait plutôt dépendre des circonstances de la décision dont s'originent ces dépenses. Je précise toutefois que la présente décision ne doit pas être interprétée de façon à permettre aux organismes de réglementation de refuser à leur guise d'approuver des dépenses convenues. Le contrôle de la prudence de dépenses convenues peut, dans bien des cas, constituer un bon moyen de faire en sorte que les services publics soient traités équitablement et demeurent aptes à obtenir les investissements de capitaux requis. Comme je l'explique plus loin, en ce qui a trait plus particulièrement aux coûts en capital convenus, le contrôle de la prudence offre le plus souvent un moyen raisonnable d'établir un équilibre entre les intérêts du consommateur et ceux du service public.

[105] Cette conclusion sur le pouvoir de la Commission de décider de sa démarche découle du régime législatif qui régit son fonctionnement. D'autres régimes législatifs prévoient expressément que l'organisme de réglementation en cause est tenu d'indemniser le service public de certaines dépenses découlant de décisions prudentes (voir l'arrêt *British Columbia Electric Railway Co.*). Selon ces autres cadres législatifs, le pouvoir discrétionnaire qui permet à l'organisme de réglementation de décider de sa démarche peut être plus restreint.

(4) Application to the Board's Decision

[106] In this case, the Board disallowed a total of \$145 million in compensation costs associated with OPG's nuclear operations, over two years. As discussed above, these costs are best understood as at least partly committed. In view of the nature of these particular costs and the circumstances in which they became committed, I do not find that the Board acted unreasonably in not applying the prudent investment test in determining whether it would be just and reasonable to compensate OPG for these costs.

[107] First, the costs at issue are operating costs, rather than capital costs. Capital costs, particularly those pertaining to areas such as capacity expansion or upgrades to existing facilities, often entail some amount of risk, and may not always be strictly necessary to the short-term ongoing production of the utility. Nevertheless, such costs may often be a wise investment in the utility's future health and viability. As such, prudence review, including a no-hindsight approach (with or without a presumption of prudence, depending on the applicable statutory context), may play a particularly important role in ensuring that utilities are not discouraged from making the optimal level of investment in the development of their facilities.

[108] Operating costs, like those at issue here, are different in kind from capital costs. There is little danger in this case that a disallowance of these costs will have a chilling effect on OPG's willingness to incur operating costs in the future, because costs of the type disallowed here are an inescapable element of operating a utility. It is true that a decision such as the Board's in this case may have the effect of making OPG more hesitant about committing to relatively high compensation costs, but that was precisely the intended effect of the Board's decision.

(4) Application à la décision de la Commission

[106] En l'espèce, la Commission refuse à OPG le recouvrement au total de 145 millions de dollars au titre des dépenses de rémunération dans le secteur nucléaire, sur deux ans. Rappelons qu'il faut considérer que ces dépenses constituent, du moins en partie, des dépenses convenues. Compte tenu de la nature de ces dépenses en particulier et des circonstances dans lesquelles le service public en a convenu, je ne saurais conclure que la Commission a agi déraisonnablement en n'appliquant pas le critère de l'investissement prudent pour décider s'il était juste et raisonnable d'indemniser OPG à leur égard.

[107] Premièrement, il s'agit de dépenses d'exploitation, et non de coûts en capital. Les coûts en capital, en particulier ceux qui se rapportent par exemple à l'accroissement de la capacité ou à l'amélioration des installations actuelles, comportent souvent un risque et peuvent ne pas être nécessaires, à strictement parler, à la production à court terme du service public. Ces coûts peuvent néanmoins constituer un investissement judicieux pour le bon fonctionnement et la viabilité ultérieurs de ce dernier. Dès lors, le contrôle de la prudence, qui exclut le recul (et présume ou non la prudence, selon les dispositions législatives applicables), peut jouer un rôle particulièrement important pour faire en sorte que le service public ne soit pas dissuadé d'investir de manière optimale dans le développement de ses installations.

[108] Les dépenses d'exploitation, comme celles visées en l'espèce, diffèrent des coûts en capital. Il est peu probable que le refus de les approuver dissuade OPG d'en faire à l'avenir, car les dépenses de la nature de celles qui ont été refusées sont inhérentes à l'exploitation d'un service public. Certes, une décision comme celle rendue par la Commission en l'espèce peut faire hésiter OPG à convenir de dépenses relativement élevées au chapitre de la rémunération, mais tel était précisément l'effet voulu par la Commission.

[109] Second, the costs at issue arise in the context of an ongoing, “repeat-player” relationship between OPG and its employees. Prudence review has its origins in the examination of decisions to pursue particular investments, such as a decision to invest in capacity expansion; these are often one-time decisions made in view of a particular set of circumstances known or assumed at the time the decision was made.

[110] By contrast, OPG’s committed compensation costs arise in the context of an ongoing relationship in which OPG will have to negotiate compensation costs with the same parties in the future. Such a context supports the reasonableness of a regulator’s decision to weigh all evidence it finds relevant in striking a just and reasonable balance between the utility and consumers, rather than confining itself to a no-hindsight approach. Prudence review is simply less relevant when the Board’s focus is not solely on compensating for past commitments, but on regulating costs to be incurred in the future as well. As will be discussed further, the Board’s ultimate disallowance was not targeted exclusively at committed costs, but rather was made with respect to the total compensation costs it evaluated in aggregate. Though the Board acknowledged that OPG may not have had the discretion to reduce spending by the entire amount of the disallowance, the disallowance was animated by the Board’s efforts to get OPG’s ongoing compensation costs under control.

[111] Having already given OPG a warning that the Board found its operational costs to be of concern (see Board 2008-2009 Decision, at pp. 28-32), it was not unreasonable for the Board to be more forceful in considering compensation costs to ensure effective regulation of such costs going forward. The Board’s statement that its disallowance was intended “to send a clear signal that OPG must take responsibility for improving its performance” (Board Decision, at para. 350) shows that it had the ongoing effects of its disallowance squarely in mind in issuing its decision in this case.

[109] Deuxièmement, les dépenses en cause découlent d’une relation continue entre OPG et ses employés. Le contrôle de la prudence tire son origine de l’examen de décisions d’effectuer certains investissements, notamment pour accroître la capacité; il s’agit souvent de décisions isolées prises à la lumière d’un ensemble de données alors connues ou supposées.

[110] À l’opposé de celles issues de telles décisions, les dépenses de rémunération convenues d’OPG découlent d’une relation continue dans le cadre de laquelle OPG devra négocier ultérieurement les barèmes de rémunération avec les mêmes parties. Pareil contexte milite en faveur du caractère raisonnable de la décision de l’organisme de réglementation de soupeser toute preuve qu’il juge pertinente aux fins d’établir un équilibre juste et raisonnable entre le service public et les consommateurs, au lieu de s’en tenir à une approche excluant le recul. Le contrôle de la prudence se révèle tout simplement moins indiqué lorsque la Commission n’entend pas seulement indemniser le service public des engagements déjà pris, mais aussi réguler les dépenses qui seront faites dans l’avenir. En fin de compte, le refus de la Commission ne vise pas que des dépenses convenues, mais bien la totalité des dépenses de rémunération considérées globalement. Même si la Commission reconnaît qu’OPG n’avait peut-être pas de pouvoir discrétionnaire lui permettant de réduire ses dépenses à raison du montant total refusé, le refus de la Commission vise à inciter OPG à la maîtrise constante de ses dépenses de rémunération.

[111] Après que la Commission eut signifié à OPG que ses dépenses d’exploitation lui paraissaient préoccupantes (voir la décision 2008-2009 de la Commission, p. 28-32), il n’était pas déraisonnable qu’elle se montre plus stricte dans l’examen des dépenses de rémunération du service public afin d’en assurer la régulation réelle à l’avenir. Le fait que la Commission dit refuser l’approbation [TRADUCTION] « afin de signifier clairement à OPG qu’il lui incombe d’accroître sa performance » (décision de la Commission, par. 350) montre qu’elle a bel et bien conscience des répercussions actuelles de son refus.

[112] The reasonableness of the Board's decision to disallow \$145 million in compensation costs is supported by the Board's recognition of the fact that OPG was bound to a certain extent by the collective agreements in making staffing decisions and setting compensation rates, and its consideration of this factor in setting the total disallowance: Board Decision, at para. 350. The Board's methodological flexibility ensures that its decision need not be "all or nothing". Where appropriate, to the extent that the utility was unable to reduce its costs, the total burden of such costs may be moderated or shared as between the utility's shareholders and the consumers. The Board's moderation in this case shows that, in choosing to disallow costs without applying a formal no-hindsight prudence review, it remained mindful of the need to ensure that any disallowance was not unfair to OPG and certainly did not impair the viability of the utility.

[113] Justice Abella, in her dissent, acknowledges that the Board has the power under prudence review to disallow committed costs in at least some circumstances: para. 152. However, she speculates that any such disallowance could "imperil the assurance of reliable electricity service": para. 156. A large or indiscriminate disallowance might create such peril, but it is also possible for the Board to do as it did here, and temper its disallowance to recognize the realities facing the utility.

[114] There is no dispute that collective agreements are "immutable" between employees and the utility. However, if the legislature had intended for costs under collective agreements to also be inevitably imposed on consumers, it would not have seen fit to grant the Board oversight of utility compensation costs. The existence both of collective bargaining for utility employees and of the Board's power to fix payment amounts covering compensation costs indicates neither regime can trump the other. The Board cannot interfere with the collective agreement by ordering that a utility break its

[112] Le caractère raisonnable du refus de la Commission d'approuver des dépenses de 145 millions de dollars au titre de la rémunération tient à ce qu'elle reconnaît qu'OPG était liée dans une certaine mesure par les conventions collectives dans sa prise de décisions en matière de personnel et dans la fixation des barèmes de rémunération, et à ce qu'elle en tient compte pour déterminer la somme totale refusée (décision de la Commission, par. 350). La souplesse méthodologique dont bénéficie la Commission lui permet d'éviter les extrêmes. Lorsque le service public ne peut réduire ses dépenses, la prise en charge de celles-ci peut, si le dossier s'y prête, être modérée ou répartie entre les actionnaires du service public et les consommateurs. La modération opérée par la Commission en l'espèce montre que, en refusant d'approuver les dépenses sans recourir formellement à un contrôle de la prudence excluant le recul, elle ne perd pas de vue la nécessité de veiller à ce que tout refus ne soit pas injuste envers OPG ni, assurément, à ce qu'il ne nuise pas à sa viabilité.

[113] Dans ses motifs de dissidence, la juge Abella reconnaît que, lors du contrôle de la prudence, la Commission peut, du moins dans certaines circonstances, refuser des dépenses convenues (par. 152). Elle dit toutefois craindre qu'un tel refus puisse « mettre en péril la garantie d'un service d'électricité fiable » (par. 156). Le refus d'une somme importante ou opposé sans discernement pourrait exposer à un tel risque, mais il se peut aussi que l'organisme de réglementation fasse ce que la Commission fait en l'espèce, c'est-à-dire modérer son refus en tenant compte des réalités auxquelles fait face le service public.

[114] Nul ne conteste que les conventions collectives intervenues entre le service public et ses employés sont « immuables ». Toutefois, si le législateur avait voulu que les dépenses qui en sont issues se répercutent inévitablement sur les consommateurs, il n'aurait pas jugé opportun d'investir la Commission du pouvoir de surveiller les dépenses de rémunération d'un service public. La coexistence du droit à la négociation collective des employés du service public et du pouvoir de la Commission de fixer le montant des paiements pour les dépenses de rémunération indique que ni l'un ni l'autre n'a

obligations thereunder, but nor can the collective agreement supersede the Board's duty to ensure a just and reasonable balance between utility and consumer interests.

[115] Justice Abella says that the Board's review of committed costs using hindsight evidence appears to contradict statements made earlier in its decision. The Board wrote that it would use all relevant evidence in assessing forecast costs but that it would limit itself to a no-hindsight approach in reviewing costs that OPG could not "take action to reduce": Board Decision, at para. 75. In my view, these statements can be read as setting out a reasonable approach for analyzing costs that could reliably be fit into forecast or committed categories. However, not all costs are amenable to such clean categorization by the Board in assessing payment amounts for a test period.

[116] With regard to the compensation costs at issue here, the Board declined to split the total cost disallowance into forecast and committed components in conducting its analysis. As Hoy J. observed, "[g]iven the complexity of OPG's business, and respecting its management's autonomy, [the Board] did not try to quantify precisely the amount by which OPG could reduce its forecast compensation costs within the framework of the existing collective bargaining agreements": Div. Ct. reasons, at para. 53. That is, the Board did not split all compensation costs into either "forecast" or "committed", but analyzed the disallowance of compensation costs as a mix of forecast and committed expenditures over which management retained some, but not total, control.

préséance. La Commission ne peut empiéter sur les conventions collectives en ordonnant au service public de manquer aux obligations qu'elles lui imposent, mais les conventions collectives ne priment pas l'obligation de la Commission d'assurer un équilibre juste et raisonnable entre le service public et les consommateurs.

[115] La juge Abella affirme que l'examen des dépenses convenues auquel se livre la Commission à partir d'éléments de recul paraît contredire ce que l'organisme affirme précédemment dans sa décision. La Commission écrit en effet qu'elle prendra en compte tout élément de preuve pertinent pour apprécier les dépenses prévues, mais qu'elle s'en tiendra à un examen sans recul pour ce qui concerne les dépenses à l'égard desquelles OPG [TRADUCTION] « ne pouvait prendre de mesures de réduction » (décision de la Commission, par. 75). À mon sens, on peut en conclure qu'elle recourt à une démarche raisonnable pour l'analyse de dépenses que l'on peut assimiler avec assurance soit à des dépenses prévues, soit à des dépenses convenues. Cependant, toutes les dépenses ne sont pas susceptibles d'une distinction aussi nette par la Commission lorsqu'il s'agit d'apprécier le montant des paiements pour une période de référence.

[116] En ce qui a trait aux dépenses de rémunération en cause, la Commission refuse de préciser quelle partie de la somme totale refusée correspond à des dépenses prévues et quelle partie correspond à des dépenses convenues pour les besoins de son analyse. Le juge Hoy fait observer que, [TRADUCTION] « [v]u la complexité de l'activité d'OPG et l'autonomie de gestion dont elle jouit, [la Commission] n'a pas tenté de déterminer avec précision le montant dont les dépenses de rémunération prévues d'OPG auraient pu être réduites dans le contexte des conventions collectives en vigueur » (motifs de la C. div., par. 53). En somme, la Commission ne départage pas les dépenses de rémunération totales entre celles qui sont « prévues » et celles qui sont « convenues ». Elle considère plutôt que les dépenses de rémunération refusées se composent à la fois de dépenses prévues et de dépenses convenues sur lesquelles la direction conservait une certaine maîtrise, mais non une maîtrise totale.

[117] It was not unreasonable for the Board to proceed on the basis that predicting staff attrition rates is an inherently uncertain exercise, and that it is not equipped to micromanage business decisions within the purview of OPG management. These considerations mean that any attempt to predict the exact degree to which OPG would be able to reduce compensation costs (in other words, what share of the costs were forecast) would be fraught with uncertainty. Accordingly, it was not unreasonable for the Board to adopt a mixed approach that did not rely on quantifying the exact share of compensation costs that fell into the forecast and committed categories. Such an approach is not inconsistent with the Board's discussion at paras. 73-75, but rather represents an exercise of the Board's methodological discretion in addressing a challenging issue where these costs did not fit easily into the categories discussed in that passage.

[118] Justice Abella emphasizes throughout her reasons that the costs established by the collective agreements were not adjustable. I do not dispute this point. However, to the extent that she relies on the observation that the collective agreements "made it *illegal* for the utility to alter the compensation and staffing levels" of the unionized workforce (para. 149 (emphasis in original)), one might conclude that the Board was in some way trying to interfere with OPG's obligations under its collective agreements. It is important not to lose sight of the fact that the Board decision in no way purports to force OPG to break its contractual commitments to unionized employees.

[119] Finally, her observation that the Canadian Nuclear Safety Commission ("CNSC") "has . . . imposed staffing levels on Ontario Power Generation to ensure safe and reliable operation of its nuclear stations" (para. 127) is irrelevant to the issues raised in this case. While the regime put in place by the CNSC surely imposes operational and staffing restraints on nuclear utilities (see OPG record, at

[117] Il n'est pas déraisonnable que la Commission considère que la prévision du taux d'attrition du personnel constitue en soi une entreprise incertaine et qu'elle n'est pas en mesure de microgérer les décisions d'affaires qui relèvent des dirigeants d'OPG. Dès lors, toute tentative de prédire la mesure exacte dans laquelle OPG pourrait abaisser ses dépenses de rémunération (autrement dit, quelle partie de ces dépenses est prévue) serait empreinte d'incertitude. Il n'est donc pas déraisonnable que la Commission opte pour une démarche hybride qui ne se fonde pas sur la répartition exacte des dépenses de rémunération entre celles qui sont prévues et celles qui sont convenues. Pareille démarche est compatible avec l'analyse de la Commission figurant aux par. 73-75 de sa décision et correspond à un exercice du pouvoir discrétionnaire de la Commission sur le plan méthodologique lorsqu'elle est appelée à se prononcer sur une question épineuse et que les dépenses en cause ne sont pas aisément assimilables à l'une ou l'autre des catégories mentionnées dans cette analyse.

[118] Tout au long de ses motifs, la juge Abella rappelle que les dépenses découlant des conventions collectives ne peuvent être rajustées. Je n'en disconviens pas. Cependant, lorsqu'elle opine que les conventions collectives « rend[ent] *illégal* la modification par le service public [. . .] des barèmes de rémunération et des niveaux de dotation » à l'égard de son personnel syndiqué (par. 149 (en italique dans l'original)), d'aucuns pourraient en conclure que la Commission tente de quelque manière de s'immiscer dans l'exécution des obligations d'OPG suivant les conventions collectives. Il importe de ne pas oublier que la Commission n'entend pas, par sa décision, contraindre OPG à se soustraire à ses engagements contractuels envers ses employés.

[119] Enfin, la remarque de ma collègue selon laquelle la Commission canadienne de sûreté nucléaire (« CCSN ») « [a] impos[é] [. . .] des niveaux de dotation à Ontario Power Generation afin de garantir l'exploitation sûre et fiable de ses installations nucléaires » (par. 127) importe peu quant aux questions soulevées en l'espèce. Bien que le régime établi par la CCSN impose sûrement des conditions

pp. 43-46), there is nothing in the Board's reasons, and no argument presented before this Court, suggesting that the Board's disallowance will result in a violation of the provisions of the *Nuclear Safety and Control Act*, S.C. 1997, c. 9.

[120] I have noted above that it is essential for a utility to earn its cost of capital in the long run. The Board's disallowance may have adversely impacted OPG's ability to earn its cost of capital in the short run. Nevertheless, the disallowance was intended "to send a clear signal that OPG must take responsibility for improving its performance" (Board Decision, at para. 350). Such a signal may, in the short run, provide the necessary impetus for OPG to bring its compensation costs in line with what, in the Board's opinion, consumers should justly expect to pay for an efficiently provided service. Sending such a signal is consistent with the Board's market proxy role and its objectives under s. 1 of the *Ontario Energy Board Act, 1998*.

VI. Conclusion

[121] I do not find that the Board acted improperly in pursuing this matter on appeal; nor do I find that it acted unreasonably in disallowing the compensation costs at issue. Accordingly, I would allow the appeal, set aside the decision of the Court of Appeal, and reinstate the decision of the Board.

The following are the reasons delivered by

[122] ABELLA J. (dissenting) — The Ontario Energy Board was established in 1960 to set rates for the sale and storage of natural gas and to approve pipeline construction projects. Over time, its powers and responsibilities evolved. In 1973, the Board became responsible for reviewing and reporting to the Minister of Energy on electricity rates. During this period, Ontario's electricity market was lightly regulated, dominated by the government-owned

d'exploitation et de dotation aux installations nucléaires (voir dossier OPG, p. 43-46), nul élément des motifs de la Commission et nulle plaidoirie devant notre Cour n'indiquent que le refus de la Commission entraînera le non-respect des dispositions de la *Loi sur la sûreté et la réglementation nucléaires*, L.C. 1997, c. 9.

[120] Je rappelle qu'il est essentiel qu'un service public obtienne à long terme l'équivalent du coût du capital. Le refus de la Commission a pu nuire à la possibilité qu'OPG obtienne à court terme l'équivalent de son coût du capital. Toutefois, il vise à [TRADUCTION] « signifier clairement à OPG qu'il lui incombe d'accroître sa performance » (décision de la Commission, par. 350). L'envoi d'un tel message peut, à court terme, donner à OPG l'impulsion nécessaire pour rapprocher ses dépenses de rémunération de ce que, selon la Commission, les consommateurs devraient à bon droit s'attendre à payer pour la prestation efficace du service. L'envoi d'un tel message est conforme au rôle de substitut du marché de la Commission et à ses objectifs selon l'article premier de la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*.

VI. Conclusion

[121] Je conclus que la Commission n'a pas agi de manière inappropriée en se pourvoyant en tant que partie en appel; elle n'a pas non plus agi déraisonnablement en refusant d'approuver les dépenses de rémunération en cause. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la décision de la Cour d'appel et de rétablir celle de la Commission.

Version française des motifs rendus par

[122] LA JUGE ABELLA (dissidente) — La Commission de l'énergie de l'Ontario a été mise sur pied en 1960. Son mandat était alors d'établir les tarifs applicables à la vente et au stockage de gaz naturel et d'autoriser les projets de construction de pipelines. Au fil du temps, ses compétences et ses fonctions ont évolué. En 1973, le législateur lui a confié la responsabilité d'examiner les tarifs d'électricité puis de faire rapport au ministre de l'Énergie. Pendant cette

Ontario Hydro, which owned power generation assets responsible for about 90 per cent of electricity production in the province: Ron W. Clark, Scott A. Stoll and Fred D. Cass, *Ontario Energy Law: Electricity* (2012), at p. 134; *2011 Annual Report* of the Office of the Auditor General of Ontario, at pp. 5 and 67.

[123] A series of legislative measures in the late 1990s were adopted to transform the electricity industry into a market-based one driven by competition. Ontario Hydro was unbundled into five entities. One of them was Ontario Power Generation Inc., which was given responsibility for controlling the power generation assets of the former Ontario Hydro. It was set up as a commercial corporation with one shareholder — the Province of Ontario: Clark, Stoll and Cass, at pp. 5-7 and 134.

[124] As of April 1, 2008, the Board was given the authority by statute to set payments for the electricity generated by a prescribed list of assets held by Ontario Power Generation: *Ontario Energy Board Act, 1998*, S.O. 1998, c. 15, Sch. B, s. 78.1(2); O. Reg. 53/05, *Payments Under Section 78.1 of the Act*, s. 3. Under the legislative scheme, Ontario Power Generation is required to apply to the Board for the approval of “just and reasonable” payment amounts: *Ontario Energy Board Act, 1998*, s. 78.1(5). The Board sets its own methodology to determine what “just and reasonable” payment amounts are, guided by the statutory objectives to maintain a “financially viable electricity industry” and to “protect the interests of consumers with respect to prices and the adequacy, reliability and quality of electricity service”: O. Reg. 53/05, s. 6(1); *Ontario Energy Board Act, 1998*, paras. 1 and 2 of s. 1(1).

[125] Ontario Power Generation remains the province’s largest electricity generator. It was unionized by the Ontario Hydro Employees’ Union (the predecessor to the Power Workers’ Union) in

période, en Ontario, le marché de l’électricité était peu réglementé. Il était dominé par la société d’État Ontario Hydro, qui possédait des installations de production d’énergie fournissant plus de 90 p. 100 de l’électricité dans la province (Ron W. Clark, Scott A. Stoll et Fred D. Cass, *Ontario Energy Law : Electricity* (2012), p. 134; *Rapport annuel 2011*, Bureau du vérificateur général de l’Ontario, p. 1 et 72).

[123] À la fin des années 1990, une série de mesures législatives a été adoptée en vue d’axer le secteur de l’électricité sur le marché et de le soumettre à la concurrence. Ontario Hydro a été scindée en cinq entités. L’une d’elles, Ontario Power Generation Inc., s’est vu confier l’actif de production d’électricité de l’ancienne société Ontario Hydro. Elle a été constituée en société commerciale dont le seul actionnaire est la province d’Ontario (Clark, Stoll et Cass, p. 5-7 et 134).

[124] Depuis le 1^{er} avril 2008, la Commission est légalement investie du pouvoir de fixer les paiements pour l’électricité produite par les installations prescrites que possède Ontario Power Generation (*Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*, L.O. 1998, c. 15, ann. B, par. 78.1(2); règlement 53/05 de l’Ontario (*Payments Under Section 78.1 of the Act*) (« règlement 53/05 », art. 3). Suivant le régime législatif, Ontario Power Generation est tenue de faire une demande à la Commission pour obtenir l’approbation de paiements « justes et raisonnables » (*Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*, par. 78.1(5)). La Commission établit sa propre méthode pour déterminer ce qui constitue des paiements « justes et raisonnables » au regard des objectifs législatifs qui consistent à maintenir une « industrie de l’électricité financièrement viable » et à « protéger les intérêts des consommateurs en ce qui concerne les prix, ainsi que la suffisance, la fiabilité et la qualité du service d’électricité » (règlement 53/05, par. 6(1); *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*, dispositions 1 et 2 du par. 1(1)).

[125] Ontario Power Generation demeure le plus grand producteur d’électricité de la province. L’Ontario Hydro Employees’ Union (auquel a succédé le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur

the 1950s, and by the Society of Energy Professionals in 1992: Richard P. Chaykowski, *An Assessment of the Industrial Relations Context and Outcomes at OPG* (2013) (online), at s. 6.2. Today, Ontario Power Generation employs approximately 10,000 people in its regulated businesses, 90 per cent of whom are unionized. Two thirds of these unionized employees are represented by the Power Workers' Union, and the rest by the Society of Energy Professionals.

[126] Both the Power Workers' Union and the Society of Energy Professionals had collective agreements with Ontario Hydro before Ontario Power Generation was established. As a successor company to Ontario Hydro, Ontario Power Generation inherited the full range of these labour relations obligations: Ontario *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 69. Ontario Power Generation's collective agreements with its unions prevent the utility from unilaterally reducing staffing or compensation levels.

[127] The Canadian Nuclear Safety Commission, an independent federal government agency responsible for ensuring compliance with the *Nuclear Safety and Control Act*, S.C. 1997, c. 9, has also imposed staffing levels on Ontario Power Generation to ensure safe and reliable operation of its nuclear stations.

[128] On May 26, 2010, Ontario Power Generation applied to the Board for a total revenue requirement of \$6,909.6 million, including \$2,783.9 million in compensation costs — wages, benefits, pension servicing, and annual incentives — to cover the period from January 1, 2011 to December 31, 2012: EB-2010-0008, at pp. 8, 49 and 80.

[129] In its decision, the Board explained that it would use “two types of examination” to assess the utility's expenditures. When evaluating forecast costs — costs that the utility has estimated for

énergétique) a été accrédité comme agent négociateur auprès de l'entreprise dans les années 1950, alors que Society of Energy Professionals l'a été à son tour en 1992 (Richard P. Chaykowski, *An Assessment of the Industrial Relations Context and Outcomes at OPG* (2013) (en ligne), art. 6.2). Le personnel d'Ontario Power Generation affecté à ses activités réglementées se compose aujourd'hui d'environ 10 000 personnes, dont 90 p. 100 sont syndiquées. Deux tiers de ces employés syndiqués sont représentés par le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique, un tiers par Society of Energy Professionals.

[126] Le syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique et Society of Energy Professionals avaient tous deux conclu des conventions collectives avec Ontario Hydro avant la création d'Ontario Power Generation. Lorsqu'elle a succédé à Ontario Hydro, Ontario Power Generation a hérité de la totalité des obligations issues de ces conventions (*Loi de 1995 sur les relations de travail* de l'Ontario, L.O. 1995, c. 1, ann. A, art. 69), qui la lient et l'empêchent de réduire unilatéralement les niveaux de dotation ou les barèmes de rémunération.

[127] La Commission canadienne de sûreté nucléaire, un organisme fédéral indépendant chargé de faire respecter la *Loi sur la sûreté et la réglementation nucléaires*, L.C. 1997, c. 9, impose également des niveaux de dotation à Ontario Power Generation afin de garantir l'exploitation sûre et fiable de ses installations nucléaires.

[128] Le 26 mai 2010, Ontario Power Generation a demandé à la Commission d'approuver des recettes nécessaires se chiffrant à 6 909,6 millions de dollars pour la période allant du 1^{er} janvier 2011 au 31 décembre 2012, dont 2 783,9 millions devaient être affectés à la rémunération du personnel — salaires, avantages sociaux, prestations de retraite et incitatifs annuels (EB-2010-0008, p. 8, 49 et 80).

[129] Dans sa décision, la Commission dit soumettre à [TRADUCTION] « deux types d'examen » les dépenses du service public. En ce qui concerne les dépenses prévues — par le service public, pour une

a future period and which can still be reduced or avoided — the Board said that Ontario Power Generation bears the burden of showing that these costs are reasonable. On the other hand, when the Board would be evaluating costs for which “[t]here is no opportunity for the company to take action to reduce”, otherwise known as committed costs, it said that it would undertake “an after-the-fact prudence review . . . conducted in the manner which includes a presumption of prudence”, that is, a presumption that the utility’s expenditures are reasonable: p. 19.

[130] The Board made no distinction between those compensation costs that were reducible and those that were not. Instead, it subjected all compensation costs to the kind of assessment it uses for reducible, forecast costs and disallowed \$145 million because it concluded that the utility’s compensation rates and staffing levels were too high.

[131] On appeal, a majority of the Divisional Court upheld the Board’s order. In dissenting reasons, Aitken J. concluded that the Board’s decision was unreasonable because it did not apply the proper approach to the compensation costs which were, as a result of legally binding collective agreements, fixed and not adjustable. Instead, the Board “lumped” all compensation costs together and made no distinction between those that were the result of binding contractual obligations and those that were not. As she said:

First, I consider any limitation on [Ontario Power Generation’s] ability to manage nuclear compensation costs on a go-forward basis, due to binding collective agreements in effect prior to the application and the test period, to be costs previously incurred and subject to an after-the-fact, two-step, prudence review. Second, I conclude that, in considering [Ontario Power Generation’s] nuclear compensation costs, as set out in its application, the [Board] in its analysis (though not necessarily in its final number) was required to differentiate between such earlier incurred liabilities and other aspects of the nuclear compensation cost package that were truly projected and

période ultérieure et qu’il est toujours possible de réduire ou d’éviter —, la Commission soutient qu’il incombe à Ontario Power Generation de démontrer leur caractère raisonnable. En revanche, pour ce qui est des dépenses à l’égard desquelles « [l]a société ne pouvait prendre de mesures de réduction », à savoir les dépenses convenues, la Commission dit qu’elle effectuera « un contrôle de la prudence après coup, [. . .] comportant l’application d’une présomption de prudence », c’est-à-dire une présomption selon laquelle les dépenses du service public sont raisonnables (p. 19).

[130] La Commission ne fait aucune distinction entre les dépenses de rémunération qui sont réductibles et celles qui ne le sont pas. Elle soumet plutôt toutes les dépenses de rémunération à l’appréciation qu’elle réserve aux dépenses prévues réductibles et elle refuse d’approuver les paiements demandés à raison de 145 millions de dollars au motif que les barèmes de rémunération et les niveaux de dotation sont trop élevés.

[131] En appel, les juges majoritaires de la Cour divisionnaire confirment l’ordonnance de la Commission. Dans ses motifs dissidents, la juge Aitken conclut que la décision de la Commission est déraisonnable, car elle n’applique pas la bonne approche aux dépenses de rémunération, lesquelles constituent, par l’effet de conventions collectives contraignantes en droit, des dépenses fixes et non ajustables. Selon elle, la Commission [TRADUCTION] « regroupe » plutôt toutes les dépenses de rémunération et ne fait aucune distinction entre celles qui découlent d’obligations contractuelles obligatoires et celles qui n’en découlent pas. Comme elle l’affirme :

[TRADUCTION] Premièrement, j’estime que les dépenses de rémunération du secteur nucléaire [d’Ontario Power Generation], pour une période ultérieure, assujetties à une contrainte en raison de conventions collectives qui s’appliquaient avant la demande et la période de référence, constituent des dépenses déjà faites qui doivent faire l’objet d’un contrôle de la prudence après coup, en deux étapes. Deuxièmement, dans l’analyse (mais pas nécessairement dans l’appréciation finale) des dépenses de rémunération du secteur nucléaire dont fait état la demande, la [Commission] était tenue de faire une distinction entre les dépenses déjà effectuées et d’autres

not predetermined. Third, in my view, the [Board] was required to undergo a prudence review in regard to those aspects of the nuclear compensation package that arose under binding contracts entered prior to the application and the test period. In regard to the balance of factors making up the nuclear compensation package, the [Board] was free to determine, based on all available evidence, whether such factors were reasonable. Fourth, had a prudence review been undertaken, there was evidence upon which the [Board] could reasonably have decided that the presumption of prudence had been rebutted in regard to those cost factors mandated in the collective agreements. Unfortunately, I cannot find anywhere in the Decision of the [Board] where such an analysis was undertaken. The [Board] lumped all nuclear compensation costs together. It dealt with them as if they all emanated from the same type of factors and none reflected contractual obligations to which the [Ontario Power Generation] was bound due to a collective agreement entered prior to the application and the test period. Finally, I conclude that, when the [Board] was considering the reasonableness of the nuclear compensation package, it erred in considering evidence that came into existence after the date on which the collective agreements were entered when it assessed the reasonableness of the rates of pay and other binding provisions in the collective agreements. [para. 75]

[132] The Court of Appeal unanimously agreed with Aitken J.'s conclusion, finding that "the compensation costs at issue before the [Board] were committed costs" which should therefore have been assessed using a presumption of prudence. As they both acknowledged, it was open to the Board to find that the presumption had been rebutted in connection with the binding contractual obligations, but the Board acted unreasonably in failing to take the immutable nature of the fixed costs into consideration.

[133] I agree. The compensation costs for approximately 90 per cent of Ontario Power Generation's regulated workforce were established through legally binding collective agreements which obligated the utility to pay fixed levels of compensation, regulated staffing levels, and provided unionized employees with employment security. Ontario Power Generation's compensation costs

réellement prévues, mais non préétablies. Troisièmement, à mon avis, la [Commission] devait soumettre à un contrôle de la prudence la partie des dépenses de rémunération du secteur nucléaire qui découlait de contrats obligatoires conclus avant la demande et la période de référence. Pour ce qui est des autres facteurs présidant à la rémunération globale du secteur nucléaire, la [Commission] pouvait, en se fondant sur toute la preuve disponible, décider s'ils étaient raisonnables ou non. Quatrièmement, si un contrôle de la prudence avait été effectué, des éléments de preuve auraient pu raisonnablement permettre à la [Commission] de conclure à la réfutation de la présomption de prudence en ce qui a trait aux éléments issus des conventions collectives qui influaient sur les dépenses. Malheureusement, je constate que nulle part dans sa décision la [Commission] ne se livre à une telle analyse. Elle regroupe sans distinctions toutes les dépenses de rémunération du secteur nucléaire. Elle considère qu'elles ont toutes la même origine et qu'aucune ne découle d'obligations contractuelles auxquelles [Ontario Power Generation] était tenue par une convention collective conclue avant la demande et la période de référence. Enfin, j'estime que, lorsqu'elle se penche sur le caractère raisonnable de la rémunération globale du secteur nucléaire, la [Commission] commet l'erreur de tenir compte d'éléments de preuve ayant vu le jour après la conclusion des conventions collectives pour apprécier le caractère raisonnable des barèmes de rémunération et d'autres dispositions contraignantes des conventions collectives. [par. 75]

[132] La Cour d'appel souscrit à l'unanimité à la conclusion de la juge Aitken et statue que [TRANSDUCTION] « les dépenses de rémunération en cause devant la [Commission] étaient des dépenses convenues » qu'il aurait donc fallu apprécier en présument leur prudence. Elles reconnaissent toutes deux qu'il était loisible à la Commission de conclure que la présomption était réfutée en ce qui concerne les obligations contractuelles obligatoires, mais qu'elle a agi déraisonnablement en ne tenant pas compte de la nature immuable des coûts fixes.

[133] Je suis d'accord. Les dépenses de rémunération visant environ 90 p. 100 de l'effectif obligatoire d'Ontario Power Generation étaient établies par des conventions collectives contraignantes en droit qui imposaient des barèmes de rémunération fixes, qui déterminaient les niveaux de dotation et qui garantissaient la sécurité d'emploi des employés syndiqués. Les dépenses de rémunération

were therefore overwhelmingly predetermined and could not be adjusted by the utility during the relevant period. These are precisely the type of costs that the Board referred to in its decision as costs for which “[t]here is no opportunity for the company to take action to reduce” and which must be subjected to “a prudence review conducted in the manner which includes a presumption of prudence”: para. 75.

[134] In my respectful view, failing to acknowledge the legally binding, non-reducible nature of the cost commitments reflected in the collective agreements and apply the review the Board itself said should apply to such costs, rendered its decision unreasonable.

Analysis

[135] Pursuant to s. 78.1(5) of the *Ontario Energy Board Act, 1998*, upon application from Ontario Power Generation, the Board is required to determine “just and reasonable” payment amounts to the utility. In the utility regulation context, the phrase “just and reasonable” reflects the aim of “navigating the straits” between overcharging a utility’s customers and underpaying the utility for the public service it provides: *Verizon Communications Inc. v. Federal Communications Commission*, 535 U.S. 467 (2002), at p. 481; see also *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1929] S.C.R. 186, at pp. 192-93.

[136] The methodology adopted by the Board to determine “just and reasonable” payments to Ontario Power Generation draws in part on the regulatory concept of “prudence”. Prudence is “a legal basis for adjudging the meeting of utilities’ public interest obligations, specifically in regard to rate proceedings”: Robert E. Burns et al., *The Prudent Investment Test in the 1980s*, report NRRI-84-16, The National Regulatory Research Institute, April 1985, at p. 20. The concept emerged in the early 20th century as a judicial response to the “mind-numbing complexity” of other approaches being

d’Ontario Power Generation étaient donc en très grande partie préétablies et ne pouvaient être rajustées par l’entreprise au cours de la période considérée. Il s’agit précisément du type de dépenses que la Commission qualifie, dans sa décision, de dépenses à l’égard desquelles [TRADUCTION] « [l]a société ne pouvait prendre de mesures de réduction » et qui doivent faire l’objet d’un « contrôle de la prudence comportant l’application d’une présomption de prudence » (par. 75).

[134] Soit dit tout en respect, la Commission rend une décision déraisonnable en ne reconnaissant pas le caractère contraignant en droit et non réductible des dépenses auxquelles le service public s’était engagé lors de la signature des conventions collectives et en omettant de soumettre ces dépenses au contrôle qui s’imposait pourtant selon elle à leur égard.

Analyse

[135] Conformément au par. 78.1(5) de la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*, sur demande d’Ontario Power Generation, la Commission fixe le montant des paiements « justes et raisonnables » auxquels a droit le service public. Dans le contexte de la réglementation des services publics, l’expression « justes et raisonnables » traduit l’objectif qui consiste à [TRADUCTION] « naviguer entre les récifs » que sont, d’une part, les tarifs excessifs imposés au consommateur et, d’autre part, la rétribution insuffisante du service public (*Verizon Communications Inc. c. Federal Communications Commission*, 535 U.S. 467 (2002), p. 481; voir aussi *Northwestern Utilities Ltd. c. City of Edmonton*, [1929] R.C.S. 186, p. 192-193).

[136] La méthode retenue par la Commission pour déterminer le montant des paiements « justes et raisonnables » auxquels a droit Ontario Power Generation prend en partie appui sur la notion de « prudence ». En droit réglementaire, la prudence offre un [TRADUCTION] « fondement juridique pour se prononcer sur le respect des obligations des services publics liées à l’intérêt public, plus particulièrement en ce qui concerne le processus de tarification » (Robert E. Burns et autres, *The Prudent Investment Test in the 1980s*, rapport NRRI-84-16, The National Regulatory Research Institute, avril 1985, p. 20). Apparue

used by regulators to determine “just and reasonable” amounts, and introduced a legal presumption that a regulated utility has acted reasonably: *Verizon Communications*, at p. 482. As Justice Brandeis famously explained in 1923:

The term prudent investment is not used in a critical sense. There should not be excluded from the finding of the base, investments which, under ordinary circumstances, would be deemed reasonable. The term is applied for the purpose of excluding what might be found to be dishonest or obviously wasteful or imprudent expenditures. Every investment may be assumed to have been made in the exercise of reasonable judgment, unless the contrary is shown. [Emphasis added.]

(*State of Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. v. Public Service Commission of Missouri*, 262 U.S. 276 (1923), at p. 289, fn. 1, per Brandeis J., dissenting)

[137] The presumption of prudence is the starting point for the type of examination the Board calls a “prudence review”. In undertaking a prudence review, the Board applies a “well-established set of principles”:

- Decisions made by the utility’s management should generally be presumed to be prudent unless challenged on reasonable grounds.
- To be prudent, a decision must have been reasonable under the circumstances that were known or ought to have been known to the utility at the time the decision was made.
- Hindsight should not be used in determining prudence, although consideration of the outcome of the decision may legitimately be used to overcome the presumption of prudence.
- Prudence must be determined in a retrospective factual inquiry, in that the evidence must be concerned with the time the decision was made and must be

au début du 20^e siècle, cette notion jurisprudentielle visait à remédier à la [TRADUCTION] « complexité paralysante » des approches différentes utilisées par les organismes de réglementation pour arrêter des montants « justes et raisonnables », et elle présumait que le service public réglementé avait agi raisonnablement (*Verizon Communications*, p. 482). Ainsi, comme l’explique le juge Brandeis dans un extrait bien connu datant de 1923 :

[TRADUCTION] L’emploi de l’expression « investissement prudent » n’est pas décisif. L’établissement de la base de tarification ne devrait pas exclure les investissements qui, dans des circonstances ordinaires, seraient considérés raisonnables. Cet emploi vise plutôt à exclure les dépenses qui pourraient être jugées malhonnêtes ou manifestement excessives ou imprudentes. On peut supposer que tout investissement considéré a été fait dans l’exercice d’un jugement raisonnable, sauf preuve du contraire. [Je souligne.]

(*State of Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. c. Public Service Commission of Missouri*, 262 U.S. 276 (1923), p. 289, note 1, le juge Brandeis (dissident))

[137] La présomption de prudence constitue le point de départ de l’examen que la Commission appelle [TRADUCTION] « contrôle de la prudence ». Lorsqu’elle entreprend ce contrôle de la prudence, la Commission applique un « ensemble bien établi de principes » :

[TRADUCTION]

- La décision de la direction du service public est généralement présumée prudente, sauf contestation pour motifs valables.
- Pour qu’elle soit prudente, la décision doit être raisonnable eu égard aux circonstances que connaissait ou qu’aurait dû connaître le service public au moment où il l’a prise.
- Le recul est exclu dans l’appréciation de la prudence, même lorsque les conséquences de la décision peuvent légitimement servir à réfuter la présomption de prudence.
- La prudence est appréciée dans le cadre d’une analyse factuelle rétrospective en ce que la preuve doit porter sur le moment où la décision a été prise et

based on facts about the elements that could or did enter into the decision at the time.

(*Enersource Hydro Mississauga Inc. (Re)*, 2012 LNONOEB 373 (QL), at para. 55, citing *Enbridge Gas Distribution Inc. (Re)*, 2002 LNONOEB 4 (QL), at para. 3.12.2.)

[138] This form of prudence review, including a presumption of prudence and a ban on hindsight, was endorsed by the Board and by the Ontario Court of Appeal as an appropriate method to determine “just and reasonable” rates in *Enbridge Gas Distribution Inc. (Re)*, at paras. 3.12.1 to 3.12.5, aff’d *Enbridge Gas Distribution Inc. v. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4, at paras. 8 and 10-12.

[139] In the case before us, however, the Board decided not to submit all costs to a prudence review. Instead, it stated that it would use two kinds of review. The first would apply to “forecast costs”, that is, those over which a utility retains discretion and can still be reduced or avoided. It explained in its reasons that it would review such costs using a wide range of evidence, and that the onus was on the utility to demonstrate that its forecast costs were reasonable:

When considering forecast costs, the onus is on the company to make its case and to support its claim that the forecast expenditures are reasonable. The company provides a wide spectrum of such evidence, including business cases, trend analysis, benchmarking data, etc. The test is not dishonesty, negligence, or wasteful loss; the test is reasonableness. And in assessing reasonableness, the Board is not constrained to consider only factors pertaining to [Ontario Power Generation]. The Board has the discretion to find forecast costs unreasonable based on the evidence — and that evidence may be related to the cost/benefit analysis, the impact on ratepayers, comparisons with other entities, or other considerations.

reposer sur des faits quant aux éléments qui ont pu entrer en ligne de compte ou qui sont effectivement entrés en ligne de compte dans la décision.

(*Enersource Hydro Mississauga Inc. (Re)*, 2012 LNONOEB 373 (QL), par. 55, citant *Enbridge Gas Distribution Inc. (Re)*, 2002 LNONOEB 4 (QL), par. 3.12.2.)

[138] Dans *Enbridge Gas Distribution Inc. (Re)*, par. 3.12.1 à 3.12.5, conf. par *Enbridge Gas Distribution Inc. c. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4, par. 8 et 10-12, la Commission et la Cour d’appel de l’Ontario considèrent ce contrôle — qui comporte l’application d’une présomption de prudence et exclut le recul — comme la méthode appropriée pour fixer des tarifs « justes et raisonnables ».

[139] Toutefois, dans la présente affaire, la Commission choisit de ne pas soumettre toutes les dépenses à un contrôle de la prudence. Elle dit plutôt recourir à deux examens. Le premier s’appliquerait aux « dépenses prévues », soit celles à l’égard desquelles le service public conserve un pouvoir discrétionnaire et qu’il peut toujours réduire ou éviter. Dans ses motifs, la Commission explique qu’elle examine ces dépenses au regard d’une vaste gamme d’éléments de preuve et qu’il incombe au service public de démontrer le caractère raisonnable de ses dépenses :

[TRADUCTION] Lors de l’examen des dépenses prévues, il incombe à la société d’établir le bien-fondé de sa demande et d’étayer son allégation selon laquelle ces dépenses sont raisonnables. Elle doit fournir un large éventail d’éléments de preuve en ce sens, notamment des analyses de rentabilité et de tendances, des données de référence, etc. Le critère applicable n’est pas celui de la malhonnêteté, de la négligence ou de la perte menant au gaspillage, mais bien celui du caractère raisonnable. Et dans l’appréciation du caractère raisonnable, la Commission n’est pas tenue d’examiner uniquement les données qui intéressent [Ontario Power Generation]. Elle a le pouvoir discrétionnaire de conclure que les dépenses prévues sont déraisonnables au vu de la preuve, laquelle peut se rapporter à l’analyse coût/bénéfice, à l’incidence sur les consommateurs, aux comparaisons avec d’autres entités ou à autre chose.

The benefit of a forward test period is that the company has the benefit of the Board's decision in advance regarding the recovery of forecast costs. To the extent costs are disallowed, for example, a forward test period provides the company with the opportunity to adjust its plans accordingly. In other words, there is not necessarily any cost borne by shareholders (unless the company decides to continue to spend at the higher level in any event). [paras. 74-75]

[140] A different approach, the Board said, would be applied to those costs the company could not "take action to reduce". These costs, sometimes called "committed costs", represent binding commitments that leave a utility with no discretion about whether to make the payment. The Board explained that it evaluates these costs using a "prudence review", which includes a presumption that the costs were prudently incurred:

Somewhat different considerations will come into play when undertaking an after-the-fact prudence review. In the case of an after-the-fact prudence review, if the Board disallows a cost, it is necessarily borne by the shareholder. There is no opportunity for the company to take action to reduce the cost at that point. For this reason, the Board concludes there is a difference between the two types of examination, with the after-the-fact review being a prudence review conducted in the manner which includes a presumption of prudence. [para. 75]

[141] In *Enersource Hydro Mississauga Inc. (Re)*, for example, the Board concluded that it had to conduct a prudence review when evaluating the costs that Enersource had already incurred:

This issue concerns expenditures which have largely already been incurred by the company. . . . Given that the issue concerns past expenditures which are now in dispute, the Board must conduct a prudence review. [para. 55]

[142] As the Board said in its reasons, the prudence review makes sense for committed costs because disallowing costs Ontario Power Generation cannot avoid, forces the utility to pay out of pocket

L'avantage d'une période de référence ultérieure est qu'elle permet à la société de connaître à l'avance la décision de la Commission concernant le recouvrement de dépenses prévues. Par exemple, lorsque des dépenses sont refusées, la société peut modifier ses plans en conséquence. Autrement dit, l'actionnaire n'a pas nécessairement à assumer un coût (à moins que la société ne décide, en tout état de cause, de maintenir les dépenses jugées excessives). [par. 74-75]

[140] Selon la Commission, une démarche différente serait suivie pour les dépenses à l'égard desquelles la société ne pouvait [TRADUCTION] « prendre de mesures de réduction ». Ces dépenses, parfois appelées « dépenses convenues », résultent d'obligations contractuelles qui excluent tout pouvoir discrétionnaire permettant au service public de ne pas les acquitter. La Commission explique qu'elle juge ces dépenses en se livrant à un « contrôle de la prudence » qui comporte l'application d'une présomption selon laquelle les dépenses ont été faites de manière prudente :

[TRADUCTION] Des considérations quelque peu différentes entreront en jeu lors d'un contrôle de la prudence après coup. La dépense que la Commission refusera alors d'approuver sera nécessairement assumée par l'actionnaire. La société ne pourra plus prendre de mesures de réduction à son égard. C'est pourquoi la Commission estime qu'il existe une différence entre les deux types d'examen, le contrôle après coup constituant un contrôle de la prudence assorti d'une présomption de prudence. [par. 75]

[141] À titre d'exemple, dans *Enersource Hydro Mississauga Inc. (Re)*, la Commission conclut qu'elle doit effectuer un contrôle de la prudence pour apprécier les dépenses qu'Enersource a déjà faites :

[TRADUCTION] Le présent dossier porte sur des dépenses que la société a déjà faites en grande partie. [. . .] Comme il est question de dépenses antérieures qui sont aujourd'hui contestées, la Commission doit effectuer un contrôle de la prudence. [par. 55]

[142] Comme le dit la Commission dans ses motifs, il est logique de soumettre à un contrôle de la prudence des dépenses convenues, car refuser d'approuver des dépenses auxquelles Ontario

for expenses it has already incurred. This could negatively affect Ontario Power Generation's ability to operate, leading the utility to restructure its relationships with the financial community and its service providers, or even lead to bankruptcy: see Burns et al., at pp. 129-65. These outcomes would "increase capital costs and utility rates above the levels that would exist with a limited prudence penalty", forcing Ontario consumers to pay higher electricity bills: Burns et al., at p. vi.

[143] The issue in this appeal therefore centres on the Board assessing *all* compensation costs in Ontario Power Generation's collective agreements as adjustable forecast costs, without determining whether any of them were costs for which "[t]here is no opportunity for the company to take action to reduce" (para. 75). The Board did not actually call them forecast costs, but by saying that "collective agreements may make it difficult to eliminate positions quickly" and that "changes to union contracts . . . will take time" (paras. 346 and 352), the Board was clearly treating them as reducible in theory. Moreover, the fact that it failed to apply the prudence review it said it would apply to non-reducible costs confirms that it saw the collectively bargained commitments as adjustable.

[144] The Board did not explain why it considered compensation costs in collective agreements to be adjustable forecast costs, but the effect of its approach was to deprive Ontario Power Generation of the benefit of the Board's assessment methodology that treats committed costs differently. In my respectful view, the Board's failure to separately assess the compensation costs committed as a result of the collective agreements from other compensation costs, ignored not only its own methodological template, but labour law as well.

Power Generation ne peut se soustraire oblige le service public à acquitter sur ses propres deniers des dépenses déjà faites. Cela pourrait nuire au bon fonctionnement d'Ontario Power Generation et l'amener à restructurer ses liens avec les milieux financiers et ses fournisseurs de services, voire à faire faillite (voir Burns et autres, p. 129-165). Dès lors, [TRADUCTION] « les coûts en capital et les tarifs seraient supérieurs à ce qu'ils auraient été si une sanction modérée avait résulté de l'application du principe de prudence », de sorte que le consommateur ontarien serait contraint de payer des tarifs d'électricité plus élevés (Burns et autres, p. vi).

[143] Le présent pourvoi a donc pour objet la décision de la Commission de considérer *toutes* les dépenses de rémunération issues des conventions collectives d'Ontario Power Generation comme des dépenses prévues ajustables, sans se demander s'il s'agit en partie de dépenses pour lesquelles [TRADUCTION] « [l]a société ne pouvait prendre de mesures de réduction » (par. 75). La Commission ne les qualifie pas à proprement parler de dépenses prévues, mais lorsqu'elle affirme que « les conventions collectives peuvent rendre ardue l'élimination rapide de certains postes » et que « modifier des conventions collectives [. . .] prend du temps » (par. 346 et 352), elle considère clairement qu'il s'agit de dépenses théoriquement compressibles. De plus, l'omission de soumettre celles-ci au contrôle de la prudence qu'elle dit pourtant s'appliquer aux dépenses non réductibles confirme l'assimilation des obligations issues de négociations collectives à des obligations ajustables.

[144] La Commission ne dit pas pourquoi elle estime que les dépenses de rémunération issues des conventions collectives constituent des dépenses prévues ajustables, mais par l'adoption de son approche, elle empêche Ontario Power Generation de bénéficier de l'application de sa méthode d'appréciation qui considère différemment les dépenses convenues. À mon humble avis, en omettant d'apprécier les dépenses de rémunération issues des conventions collectives séparément des autres dépenses de rémunération, la Commission méconnaît à la fois son propre cadre méthodologique et le droit du travail.

[145] Ontario Power Generation was a party to binding collective agreements with the Power Workers' Union and the Society of Energy Professionals covering most of the relevant period. At the time of the application, it had already entered into a collective agreement with the Power Workers' Union for the period of April 1, 2009 to March 31, 2012.

[146] Its collective agreement with the Society of Energy Professionals, which required resolution by binding mediation-arbitration in the event of contract negotiations disputes, expired on December 31, 2010. As a result of a bargaining impasse, the terms of a new collective agreement for January 1, 2011 to December 31, 2012 were imposed by legally binding arbitration: *Ontario Power Generation v. Society of Energy Professionals*, [2011] O.L.A.A. No. 117 (QL).

[147] The collective agreements with the Power Workers' Union and the Society of Energy Professionals prescribed the compensation rates for staff positions held by represented employees, strictly regulated staff levels at Ontario Power Generation's facilities, and limited the utility's ability to unilaterally reduce its compensation rates and staffing levels. The collective agreement with the Power Workers' Union, for example, stipulated that there would be no involuntary layoffs during the term of the agreement. Instead, Ontario Power Generation would be required either to relocate surplus staff or offer severance in accordance with rates set out in predetermined agreements between the utility and the union: "Collective Agreement between Ontario Power Generation Inc. and Power Workers' Union", April 1, 2009 to March 31, 2012, at art. 11.

[148] Similarly, Ontario Power Generation's collective agreement with the Society of Energy Professionals severely limited the utility's bargaining power and control over compensation levels. When the contract between Ontario Power Generation and

[145] Ontario Power Generation était partie à des conventions collectives obligatoires qui étaient intervenues avec le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique et Society of Energy Professionals et qui s'appliquaient pendant la plus grande partie de la période considérée. À l'époque de la demande, elle avait déjà conclu une convention collective avec le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique pour la période comprise entre le 1^{er} avril 2009 et le 31 mars 2012.

[146] La convention collective intervenue avec Society of Energy Professionals et imposant la médiation-arbitrage pour le règlement des différends pendant des négociations collectives a expiré le 31 décembre 2010. Par suite d'une impasse dans les négociations, les conditions d'une nouvelle convention collective pour la période du 1^{er} janvier 2011 au 31 décembre 2012 ont été imposées par voie d'arbitrage obligatoire (*Ontario Power Generation c. Society of Energy Professionals*, [2011] O.L.A.A. No. 117 (QL)).

[147] Les conventions collectives conclues avec les deux syndicats prescrivaient les barèmes de rémunération des employés syndiqués, réglementaient rigoureusement les niveaux de dotation aux installations d'Ontario Power Generation et limitaient le pouvoir du service public de réduire unilatéralement ses barèmes de rémunération et ses niveaux de dotation. Par exemple, la convention collective conclue avec le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique prévoyait qu'il n'y aurait aucun licenciement pendant la durée de son application. Bien au contraire, Ontario Power Generation serait contrainte soit de réaffecter tout employé excédentaire, soit de lui offrir une indemnité de départ selon les barèmes établis au préalable par le service public et le syndicat (« Collective Agreement between Ontario Power Generation Inc. and Power Workers' Union », 1^{er} avril 2009 au 31 mars 2012, art. 11).

[148] De même, la convention collective conclue avec Society of Energy Professionals limitait grandement le pouvoir du service public de négocier et de déterminer les barèmes de rémunération. À l'expiration de cette convention le 31 décembre 2010,

the Society of Energy Professionals expired on December 31, 2010, the utility's bargaining position had been that its sole shareholder, the Province of Ontario, had directed that there be a zero net compensation increase over the next two-year term. The parties could not reach an agreement and the dispute was therefore referred to binding arbitration as required by previous negotiations. The resulting award by Kevin M. Burkett provided mandatory across-the-board wage increases of 3 per cent on January 1, 2011, 2 per cent on January 1, 2012, and a further 1 per cent on April 1, 2012: *Ontario Power Generation v. Society of Energy Professionals*, at paras. 1, 9, and 28.

[149] The obligations contained in these collective agreements were immutable and legally binding commitments: *Labour Relations Act, 1995*, s. 56. As a result, Ontario Power Generation was prohibited from unilaterally reducing the staffing levels, wages, or benefits of its unionized workforce. These agreements therefore did not just leave the utility "with limited flexibility regarding overall compensation rates or staffing levels", as the majority notes (at para. 84), they made it *illegal* for the utility to alter the compensation and staffing levels of 90 per cent of its regulated workforce in a manner that was inconsistent with its commitments under the agreements.

[150] Instead, the Board, applying the methodology it said it would use for the utility's forecast costs, put the onus on Ontario Power Generation to prove the reasonableness of its costs and concluded that it had failed to provide "compelling evidence" or "documentation or analysis" to justify compensation levels: para. 347. Had the Board used the approach it said it would use for costs the company had "no opportunity . . . to reduce", it would have used an after-the-fact prudence review, with a rebuttable presumption that the utility's expenditures were reasonable.

le service public défendait la position de son unique actionnaire, la province d'Ontario, à savoir l'exclusion de toute augmentation nette des salaires pendant les deux années suivantes. Les parties n'ont pu parvenir à un accord, de sorte que le dossier a été renvoyé à l'arbitrage obligatoire comme convenu lors de négociations précédentes. Dans sa décision, l'arbitre Kevin M. Burkett a ordonné une augmentation générale des salaires de 3 p. 100 le 1^{er} janvier 2011, de 2 p. 100 le 1^{er} janvier 2012 et, en sus, de 1 p. 100 le 1^{er} avril 2012 (*Ontario Power Generation c. Society of Energy Professionals*, par. 1, 9 et 28).

[149] Les obligations contractées dans ces conventions collectives constituaient des engagements immuables ayant force obligatoire (*Loi de 1995 sur les relations de travail*, art. 56). Il était donc interdit à Ontario Power Generation de réduire unilatéralement les niveaux de dotation, les salaires ou les avantages sociaux de ses employés syndiqués. Contrairement à ce qu'affirment les juges majoritaires (par. 84), ces conventions ne laissaient pas seulement « peu de marge de manœuvre quant aux barèmes de rémunération et aux niveaux de dotation dans leur ensemble », elles rendaient *illégal* la modification par le service public — d'une manière incompatible avec les engagements qu'il y prenait — des barèmes de rémunération et des niveaux de dotation quant à 90 p. 100 de son effectif obligatoire.

[150] En appliquant la méthode qu'elle a dit qu'elle utiliserait à l'égard des dépenses prévues du service public, la Commission oblige en fait Ontario Power Generation à prouver le caractère raisonnable de ses dépenses et conclut que l'entreprise n'a présenté ni [TRADUCTION] « preuve convaincante », ni « documents ou analyses » qui justifient les barèmes de rémunération (par. 347). Si elle avait eu recours à l'approche qu'elle a dit qu'elle utiliserait pour les dépenses à l'égard desquelles la société ne pouvait « prendre de mesures de réduction », la Commission aurait contrôlé la prudence des dépenses après coup et appliqué la présomption réfutable selon laquelle elles étaient raisonnables.

[151] Applying a prudence review to these compensation costs would hardly, as the majority suggests, “have conflicted with the burden of proof in the *Ontario Energy Board Act, 1998*”. To interpret the burden of proof in s. 78.1(6) of the *Ontario Energy Board Act, 1998* so strictly would essentially prevent the Board from ever conducting a prudence review, notwithstanding that it has comfortably done so in the past and stated, even in its reasons in this case, that it would review committed costs using an “after-the-fact prudence review” which “includes a presumption of prudence”. Under the majority’s logic, however, since a prudence review always involves a presumption of prudence, the Board would not only be limiting its methodological flexibility, it would be in breach of the Act.

[152] The application of a prudence review does not shield the utility’s compensation costs from scrutiny. As the Court of Appeal observed, a prudence review

does not mean that the [Board] is powerless to review the compensation rates for [Ontario Power Generation’s] unionized staff positions or the number of those positions. In a prudence review, the evidence may show that the presumption of prudently incurred costs should be set aside, and that the committed compensation rates and staffing levels were not reasonable; however, the [Board] cannot resort to hindsight, and must consider what was known or ought to have been known at the time. A prudence review allows for such an outcome, and permits the [Board] both to fulfill its statutory mandate and to serve as a market proxy, while maintaining a fair balance between [Ontario Power Generation] and its customers. [para. 38]

[153] The majority’s suggestion (at para. 114) that “if the legislature had intended for costs under collective agreements to also be inevitably imposed on consumers, it would not have seen fit to grant

[151] Contrairement à ce que soutiennent les juges majoritaires, appliquer le contrôle de la prudence à ces dépenses de rémunération serait difficilement « incompatible avec le fardeau de preuve que prévoit la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* ». Considérer que le par. 78.1(6) de la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* prévoit un fardeau de preuve aussi strict a essentiellement pour effet d’empêcher totalement la Commission d’effectuer des contrôles de la prudence, alors qu’elle en a effectués sans difficulté dans le passé et qu’elle a affirmé — comme dans ses motifs en l’espèce — qu’il y a lieu de soumettre les dépenses convenues à « un contrôle de la prudence après coup, [. . .] comportant l’application d’une présomption de prudence ». Or, suivant le raisonnement des juges majoritaires, comme le contrôle de la prudence présume toujours la prudence, la Commission ne verrait pas seulement sa marge de manœuvre réduite sur le plan méthodologique, mais elle contreviendrait aussi à la Loi.

[152] L’application du principe de la prudence ne soustrait pas les dépenses de rémunération du service public à tout examen. Comme le fait remarquer la Cour d’appel, le contrôle de la prudence

[TRADUCTION] n’écarte pas la possibilité que la [Commission] puisse contrôler les barèmes de rémunération applicables aux employés syndiqués d’[Ontario Power Generation] ou le nombre de leurs postes. Lors d’un tel contrôle, il peut ressortir de la preuve, d’une part, que la présomption selon laquelle les dépenses ont été faites de manière prudente doit être écartée et, d’autre part, que les barèmes de rémunération et les niveaux de dotation convenus ne sont pas raisonnables; cependant, la [Commission] ne peut se prononcer avec le recul, mais doit tenir compte de ce qui était connu ou qui aurait dû l’être à l’époque. Le contrôle de la prudence admet un tel résultat et permet à la [Commission] de s’acquitter de son mandat légal et de jouer son rôle de substitut du marché tout en assurant un juste équilibre entre les intérêts d’[Ontario Power Generation] et ceux de ses clients. [par. 38]

[153] L’affirmation des juges majoritaires selon laquelle, « si le législateur avait voulu que les dépenses [. . .] issues [de conventions collectives] se répercutent inévitablement sur les consommateurs, il

the Board oversight of utility compensation costs”, is puzzling. The legislature did not intend for *any* costs to be “inevitably” imposed on consumers. What it intended was to give the Board authority to determine just and reasonable payment amounts based on Ontario Power Generation’s existing and proposed commitments. Neither collective agreements nor any other contractual obligations were intended to be “inevitably” imposed. They were intended to be inevitably considered in the balance. But it is precisely because of the unique nature of binding commitments that the Board said it would impose a different kind of review on these costs.

[154] It may well be that Ontario Power Generation has the ability to manage some staffing levels through attrition or other mechanisms that did not breach the utility’s commitments under its collective agreements, and that these costs may therefore properly be characterized as forecast costs. But no factual findings were made by the Board about the extent of any such flexibility. There is in fact no evidence in the record, nor any evidence cited in the Board’s decision, setting out what proportion of Ontario Power Generation’s compensation costs were fixed and what proportion remained subject to the utility’s discretion. The Board made virtually no findings of fact regarding the extent to which the utility could reduce its collectively bargained compensation costs. On the contrary, the Board, as Aitken J. noted, “lumped” all compensation costs together, acknowledged that reducing those in the collective agreements would “take time” and “be difficult”, and dealt with them as globally adjustable.

[155] Given that collective agreements are legally binding, it was unreasonable for the Board to assume that Ontario Power Generation could reduce the costs fixed by these contracts in the absence of any evidence to that effect. To use the majority’s

n’aurait pas jugé opportun d’investir la Commission du pouvoir de surveiller les dépenses de rémunération d’un service public » (par. 114), laisse perplexe. Le législateur ne voulait pas que *toute* dépense se répercute « inévitablement » sur les consommateurs. Son intention était de donner à la Commission le pouvoir d’arrêter des paiements justes et raisonnables en fonction des engagements actuels et projetés d’Ontario Power Generation. Ni les conventions collectives ni aucune autre obligation contractuelle ne devaient « inévitablement » se répercuter sur qui que ce soit. Cependant, elles devaient inévitablement peser dans la balance. Or, c’est précisément la nature unique des engagements contraignants qu’a invoquée la Commission lorsqu’elle a affirmé qu’elle soumettrait ces dépenses à un contrôle différent.

[154] Il se peut fort bien qu’Ontario Power Generation puisse modifier certains niveaux de dotation par voie d’attrition ou grâce à d’autres mécanismes qui ne vont pas à l’encontre de ses obligations suivant les conventions collectives. Il se peut fort bien aussi que les dépenses puissent donc être assimilées à juste titre à des dépenses prévues. La Commission ne tire toutefois aucune conclusion de fait sur l’étendue d’une telle marge de manœuvre. En fait, aucun élément du dossier ou de la preuve invoquée par la Commission n’indique dans quelle proportion les dépenses de rémunération d’Ontario Power Generation sont fixes et dans quelle proportion elles demeurent assujetties au pouvoir discrétionnaire du service public. La Commission ne tire pour ainsi dire aucune conclusion de fait quant à savoir dans quelle mesure l’entreprise pouvait réduire ses dépenses de rémunération issues des conventions collectives. Au contraire, comme le souligne la juge Aitken, la Commission [TRADUCTION] « regroupe » sans distinctions toutes les dépenses liées à la rémunération, reconnaît que la réduction de celles issues des conventions collectives « prend[rait] du temps » et « [serait] ardue », et considère qu’elles sont globalement ajustables.

[155] Comme les conventions collectives sont contraignantes en droit, il était déraisonnable que la Commission présume qu’Ontario Power Generation pouvait réduire les dépenses déterminées par ces contrats en l’absence de toute preuve en ce

words, these costs are “legal obligations that leave [the utility] with no discretion as to whether to make the payment in the future” (para. 82). According to the Board’s own methodology, costs for which “[t]here is no opportunity for the company to take action to reduce” are entitled to “a presumption of prudence”: para. 75.

[156] Disallowing costs that Ontario Power Generation is legally required to pay as a result of its collective agreements, would force the utility and the Province of Ontario, the sole shareholder, to make up the difference elsewhere. This includes the possibility that Ontario Power Generation would be forced to reduce investment in the development of capacity and facilities. And because Ontario Power Generation is Ontario’s largest electricity generator, it may not only threaten the “financial viability” of the province’s electricity industry, it could also imperil the assurance of reliable electricity service.

[157] The majority nonetheless assumes that the ongoing relationship between Ontario Power Generation and the unions should give the Board greater latitude in disallowing the collectively bargained compensation costs than it would have had if it applied a no-hindsight, presumption-of-prudence analysis. It also accepts the Board’s conclusion that Ontario Power Generation’s collectively bargained compensation costs may be “excessive”, and therefore concludes that the Board was reasonable in choosing to avoid the “prudence” test in order to so find. This approach finds no support even in the methodology the Board set out for itself for evaluating just and reasonable payment amounts.

[158] In my respectful view, selecting a test which is more likely to confirm an assumption that collectively bargained costs are excessive, misconceives the point of the exercise, namely, to determine

sens. Pour reprendre les propos des juges majoritaires, ces dépenses correspondent à des « obligations qui écartent tout pouvoir discrétionnaire [. . .] permettant [au service public] de ne pas acquitter la somme ultérieurement » (par. 82). Selon la propre méthode de la Commission, les dépenses à l’égard desquelles [TRADUCTION] « [l]a société ne pouvait prendre de mesures de réduction » bénéficient d’une « présomption de prudence » (par. 75).

[156] Refuser d’approuver des dépenses qu’Ontario Power Generation est juridiquement tenue d’acquitter en raison de ses conventions collectives obligerait le service public et son seul actionnaire, la province d’Ontario, à combler la différence en puisant ailleurs. Ontario Power Generation pourrait notamment être forcée de réduire ses investissements dans l’accroissement de sa capacité et dans l’amélioration de ses installations. Et, comme il s’agit du plus grand producteur d’électricité de l’Ontario, un tel refus pourrait non seulement nuire à la « viabilité financière » du secteur de l’électricité de la province, mais également mettre en péril la garantie d’un service d’électricité fiable.

[157] Les juges majoritaires tiennent cependant pour acquis que la relation continue entre Ontario Power Generation et les syndicats devrait conférer à la Commission, relativement aux dépenses de rémunération issues de négociations collectives, un pouvoir de refus plus grand que celui dont elle bénéficie dans le cadre d’une analyse qui exclut le recul et présume la prudence. Ils font droit également à la conclusion de la Commission selon laquelle les dépenses de rémunération issues de négociations collectives auxquelles Ontario Power Generation a participé pourraient être [TRADUCTION] « excessives » et concluent donc que la Commission a agi raisonnablement en écartant le principe de la « prudence » pour arriver à sa conclusion. Leur approche ne trouve aucun appui, pas même dans la méthode que la Commission établit elle-même pour déterminer le montant de paiements justes et raisonnables.

[158] En tout respect pour l’opinion contraire, en choisissant un critère éminemment susceptible de confirmer l’hypothèse que les dépenses issues de négociations collectives sont excessives, on se

whether those costs were in fact excessive. Blaming collective bargaining for what are *assumed* to be excessive costs, imposes, with respect, the appearance of an ideologically driven conclusion on what is intended to be a principled methodology based on a distinction between committed and forecast costs, not between costs which are collectively bargained and those which are not.

[159] I recognize that the Board has wide discretion to fix payment amounts that are “just and reasonable” and, subject to certain limitations, to “establish the . . . methodology” used to determine such amounts: O. Reg. 53/05, s. 6, *Ontario Energy Board Act, 1998*, s. 78.1. That said, once the Board establishes a methodology to determine what is just and reasonable, it is, at the very least, required to faithfully apply that approach: see *TransCanada Pipelines Ltd. v. National Energy Board* (2004), 319 N.R. 171 (F.C.A.), at paras. 30-32, per Rothstein J.A. This does not mean that collective agreements “supersede” or “trump” the Board’s authority to fix payment amounts; it means that once the Board selects a methodology for itself for the exercise of its discretion, it is required to follow it. Absent methodological clarity and predictability, Ontario Power Generation would be left in the dark about how to determine what expenditures and investments to make and how to present them to the Board for review. Wandering sporadically from approach to approach, or failing to apply the methodology it declares itself to be following, creates uncertainty and leads, inevitably, to needlessly wasting public time and resources in constantly having to anticipate and respond to moving regulatory targets.

[160] In disallowing \$145 million of the compensation costs sought by Ontario Power Generation on the grounds that the utility could reduce salary and staffing levels, the Board ignored the legally binding nature of the collective agreements

méprend sur l’objectif de la démarche, qui est de déterminer si ces dépenses étaient bel et bien excessives. Imputer à la négociation collective ce que l’on *suppose* constituer des dépenses excessives revient, soit dit tout en respect, à substituer ce qui a l’apparence d’une conclusion idéologique à ce qui est censé résulter d’une méthode d’analyse raisonnée qui distingue entre les dépenses convenues et les dépenses prévues, non entre les dépenses issues de négociations collectives et celles qui ne le sont pas.

[159] Je reconnais que la Commission jouit d’un vaste pouvoir discrétionnaire lui permettant de déterminer les paiements qui sont « justes et raisonnables » et, à l’intérieur de certaines limites, de [TRADUCTION] « définir la [. . .] méthode » utilisée pour établir le montant de ces paiements (règlement 53/05, art. 6; *Loi de 1998 sur la Commission de l’Énergie de l’Ontario*, art. 78.1). Cela dit, dès lors qu’elle a établi une méthode pour déterminer ce qui est juste et raisonnable, la Commission doit à tout le moins l’appliquer avec constance (*TransCanada Pipelines Ltd. c. Office national de l’Énergie*, 2004 CAF 149 (CanLII), par. 30-32, le juge Rothstein). Pour autant, les conventions collectives ne « prient » pas le pouvoir de la Commission de fixer les paiements, mais une fois que la Commission a choisi une méthode pour exercer son pouvoir discrétionnaire, elle doit s’y tenir. En l’absence de clarté et de prévisibilité quant à la méthode à appliquer, Ontario Power Generation serait vouée à l’incertitude quant à la démarche à suivre pour déterminer les dépenses et les investissements à faire et quant à la manière de les soumettre à l’examen de la Commission. Passer sporadiquement d’une approche à une autre ou ne pas appliquer la méthode que l’on prétend appliquer crée de l’incertitude et mène inévitablement au gaspillage inutile du temps et des ressources publics en ce qu’il faut constamment anticiper un objectif réglementaire fluctuant et s’y ajuster.

[160] En refusant d’approuver des dépenses de 145 millions de dollars au motif qu’Ontario Power Generation pouvait réduire ses barèmes de rémunération et ses niveaux de dotation, la Commission a méconnu le caractère contraignant en droit des

and failed to distinguish between committed compensation costs and those that were reducible. Whether or not one can fault the Board for failing to use a particular methodology, what the Board can unquestionably be analytically faulted for, is evaluating all compensation costs fixed by collective agreements as being amenable to adjustment. Treating these compensation costs as reducible was, in my respectful view, unreasonable.

[161] I would accordingly dismiss the appeal, set aside the Board's decision, and, like the Court of Appeal, remit the matter to the Board for reconsideration in accordance with these reasons.

Appeal allowed, ABELLA J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Stikeman Elliott, Toronto.

Solicitors for the respondent Ontario Power Generation Inc.: Torys, Toronto; Ontario Power Generation Inc., Toronto.

Solicitors for the respondent the Power Workers' Union, Canadian Union of Public Employees, Local 1000: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Solicitors for the respondent the Society of Energy Professionals: Cavalluzzo Shilton McIntyre Cornish, Toronto.

Solicitors for the intervener: Jay Shepherd Professional Corporation, Toronto.

conventions collectives et a omis de distinguer les dépenses de rémunération convenues de celles qui étaient réductibles. On peut reprocher ou non à la Commission de ne pas avoir appliqué une certaine méthode, mais on peut assurément lui reprocher, sur le plan analytique, d'avoir considéré toutes les dépenses de rémunération déterminées par des conventions collectives comme des dépenses ajustables. Voir dans ces dépenses des dépenses réductibles est à mon sens déraisonnable.

[161] Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi, d'annuler la décision de la Commission et, à l'instar de la Cour d'appel, de renvoyer l'affaire à la Commission pour qu'elle la réexamine à la lumière des présents motifs.

Pourvoi accueilli, la juge ABELLA est dissidente.

Procureurs de l'appelante : Stikeman Elliott, Toronto.

Procureurs de l'intimée Ontario Power Generation Inc. : Torys, Toronto; Ontario Power Generation Inc., Toronto.

Procureurs de l'intimé le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique, Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1000 : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Procureurs de l'intimée Society of Energy Professionals : Cavalluzzo Shilton McIntyre Cornish, Toronto.

Procureurs de l'intervenante : Jay Shepherd Professional Corporation, Toronto.

**ATCO Gas and Pipelines Ltd. and
ATCO Electric Ltd. Appellants**

v.

**Alberta Utilities Commission and
Office of the Utilities Consumer Advocate
of Alberta Respondents**

**INDEXED AS: ATCO GAS AND PIPELINES LTD. v.
ALBERTA (UTILITIES COMMISSION)**

2015 SCC 45

File No.: 35624.

2014: December 3; 2015: September 25.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Rothstein,
Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA

Public utilities — Gas — Electricity — Rate-setting decision by utilities regulator — Utilities seeking to recover pension costs in utility rates set by Alberta Utilities Commission — Whether regulatory framework prescribes certain methodology in assessing whether costs are prudent — Whether Commission’s interpretation and exercise of its rate-setting authority was reasonable — Electric Utilities Act, S.A. 2003, c. E-5.1, ss. 102, 121, 122 — Gas Utilities Act, R.S.A. 2000, c. G-5, s. 36.

The Alberta Utilities Commission denied the request by ATCO Gas and Pipelines Ltd. and ATCO Electric Ltd. (the “ATCO Utilities”) to recover, in approved rates, certain pension costs related to an annual cost of living adjustment (“COLA”) for 2012. Instead of approving recovery for an adjustment of 100 percent of annual consumer price index (“CPI”) (up to a maximum COLA of 3 percent), the Commission ruled that recovery of only 50 percent of annual CPI was reasonable. The Alberta Court of Appeal dismissed the ATCO Utilities’ appeal from the decision of the Commission.

Held: The appeal should be dismissed.

**ATCO Gas and Pipelines Ltd. et
ATCO Electric Ltd. Appellantes**

c.

**Alberta Utilities Commission et
Office of the Utilities Consumer Advocate
of Alberta Intimés**

**RÉPERTORIÉ : ATCO GAS AND PIPELINES LTD. c.
ALBERTA (UTILITIES COMMISSION)**

2015 CSC 45

N° du greffe : 35624.

2014 : 3 décembre; 2015 : 25 septembre.

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

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

Services publics — Gaz — Électricité — Décision d’un organisme de réglementation des services publics relativement à l’établissement des tarifs — Demande de services publics en vue de recouvrer certaines charges de retraite grâce aux tarifs établis par l’Alberta Utilities Commission — Le régime réglementaire impose-t-il une méthode en particulier pour apprécier le caractère prudent des dépenses? — L’interprétation par la Commission de son pouvoir en matière d’établissement des tarifs et l’exercice de ce pouvoir étaient-ils raisonnables? — Electric Utilities Act, S.A. 2003, c. E-5.1, art. 102, 121, 122 — Gas Utilities Act, R.S.A. 2000, c. G-5, art. 36.

L’Alberta Utilities Commission a rejeté la demande présentée par ATCO Gas and Pipelines Ltd. et ATCO Electric Ltd. (les « services publics ATCO ») en vue de recouvrer, selon les taux approuvés, certaines charges de retraite correspondant à l’ajustement annuel au coût de la vie (« AACV ») pour l’année 2012. Au lieu d’approuver ce recouvrement à raison de 100 p. 100 de l’indice des prix à la consommation (« IPC ») de l’année (AACV d’au plus 3 p. 100), la Commission a jugé raisonnable le recouvrement de seulement 50 p. 100 de l’IPC annuel. La Cour d’appel de l’Alberta a rejeté l’appel de cette décision par les services publics ATCO.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

A key principle in Canadian regulatory law is that a regulated utility must have the opportunity to recover its operating and capital costs through rates. This requirement is reflected in the *Electric Utilities Act* and the *Gas Utilities Act* of Alberta, as these statutes refer to a reasonable opportunity to recover costs and expenses so long as they are prudent. The Commission must therefore determine whether a utility's costs warrant recovery on the basis of their reasonableness — or, under the *Electric Utilities Act* and the *Gas Utilities Act*, their “prudence”. Where costs are determined to be prudent, the Commission must allow the opportunity to recover them through rates.

The prudence requirement is to be understood in the sense of the ordinary meaning of the word: for the listed costs and expenses to warrant a reasonable opportunity of recovery, they must be wise or sound; in other words, they must be reasonable. Nothing in the ordinary meaning of the word “prudent” or the use of this word in the statute as a stand-alone condition says anything about the time at which prudence must be evaluated. Thus, neither the ordinary meaning of “prudent” nor the statutory language indicate that the Commission is bound by the legislative provisions to apply a no-hindsight approach to the costs at issue, nor is a presumption of prudence statutorily imposed in these circumstances. In the context of utilities regulation, there is no difference between the ordinary meaning of a “prudent” cost and a cost that could be said to be reasonable. It would not be imprudent to incur a reasonable cost, nor would it be prudent to incur an unreasonable cost. Further, the burden of establishing that the proposed tariffs are just and reasonable falls on public utilities, which necessarily imposes on them the burden of establishing that the costs are prudent. The impact of increased rates on consumers cannot be used as a basis to disallow recovery of such costs. This is not to say that the Commission is not required to consider consumer interests. These interests are accounted for in rate regulation by limiting a utility's recovery to what is reasonably or prudently costs to efficiently provide the utility service. That is, the regulatory body ensures that consumers only pay for what is reasonably necessary.

Though the *Electric Utilities Act* and the *Gas Utilities Act* do contain language allowing for the recovery of “prudent” costs, the statutes do not explicitly impose an obligation on the Commission to conduct its analysis

Un principe clé du droit réglementaire canadien veut qu'un service public réglementé ait la possibilité de recouvrer ses dépenses d'exploitation et ses coûts en capital grâce à sa tarification. C'est ce qui ressort de l'*Electric Utilities Act* et de la *Gas Utilities Act* de l'Alberta, lesquelles renvoient à une possibilité raisonnable de recouvrer les dépenses et les charges dans la mesure où elles sont prudentes. La Commission doit donc déterminer si les dépenses du service public peuvent être recouvrées parce qu'elles sont raisonnables ou, sous le régime de l'*Electric Utilities Act* et de la *Gas Utilities Act*, parce qu'elles sont « prudentes ». Lorsque les dépenses sont jugées prudentes, la Commission doit permettre au service public de les recouvrer grâce à sa tarification.

L'exigence de la prudence doit s'interpréter selon le sens ordinaire de ce mot : pour justifier l'octroi d'une possibilité raisonnable de recouvrement, les dépenses et les charges énumérées doivent résulter d'une décision sage ou bonne; autrement dit, elles doivent être raisonnables. Ni le sens ordinaire du mot « prudentes », ni son emploi en tant que condition autonome dans la loi ne permettent de déterminer le moment en fonction duquel la prudence doit être appréciée. En conséquence, ni le sens ordinaire du mot « prudentes », ni le texte de la loi n'indiquent que la Commission est tenue de se prononcer sur les dépenses en cause sans recul; la loi n'impose pas non plus de présomption de prudence en pareilles circonstances. Dans le contexte de la réglementation de services publics, il n'existe aucune différence entre des dépenses « prudentes » au sens ordinaire de ce terme et des dépenses que l'on pourrait qualifier de raisonnables. Il ne serait pas imprudent de faire des dépenses raisonnables, pas plus qu'il ne serait prudent de faire des dépenses déraisonnables. De plus, il incombe au service public de démontrer que la tarification qu'il propose est juste et raisonnable, ce qui l'oblige nécessairement à démontrer que ses dépenses sont prudentes. L'incidence de l'augmentation des tarifs sur le consommateur ne saurait justifier la Commission de refuser le recouvrement des dépenses. Cela ne veut pas dire pour autant que la Commission n'a pas à prendre en considération les intérêts des consommateurs. La réglementation tarifaire les prend en considération en ne permettant que le recouvrement des dépenses raisonnables ou prudentes que le service public fait pour la prestation efficace du service. Autrement dit, l'organisme de réglementation s'assure que le consommateur ne paie pas plus que ce qui est raisonnablement nécessaire.

Même si le libellé de leurs dispositions permet le recouvrement de dépenses « prudentes », l'*Electric Utilities Act* et la *Gas Utilities Act* n'imposent pas expressément à la Commission une méthode d'analyse

using a particular methodology any time the word “prudent” is used. Thus, the Commission is free to apply its expertise to determine whether costs are prudent (in the ordinary sense of whether they are reasonable), and it has the discretion to consider a variety of analytical tools and evidence in making that determination so long as the ultimate rates that it sets are just and reasonable to both consumers and the utility.

The standard of review of the Commission’s decision in applying its expertise to set rates and approve payment amounts is reasonableness. Under this standard of review, the Commission’s interpretation of its home statute is entitled to deference. In this case, it was not unreasonable for the Commission to decide, without applying a no-hindsight analysis, that 50 percent of CPI (up to a maximum COLA of 3 percent) represented a reasonable level for setting the COLA amount for the purposes of determining the pension cost amounts for regulatory purposes: the Commission was not statutorily bound to apply a particular methodology to the costs at issue in this case; the use of the word “prudent” in the *Electric Utilities Act* and the *Gas Utilities Act* cannot by itself be read to impose upon the Commission a specific no-hindsight methodology; and the disallowed costs were forecast costs. Accordingly, it was reasonable for the Commission to evaluate the ATCO Utilities’ proposed revenue requirement in light of all relevant circumstances. Further, because the Commission did not use impermissible methodology, it was not unreasonable for the Commission to direct the ATCO Utilities to reduce their pension costs incorporated into revenue requirements by restricting the annual cost of living adjustment.

Cases Cited

Referred to: *Ontario (Energy Board) v. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 SCC 44, [2015] 3 S.C.R. 147; *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1929] S.C.R. 186; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *Shaw v. Alberta Utilities Commission*, 2012 ABCA 378, 539 A.R. 315; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta Utilities Commission*, 2009 ABCA 246, 464 A.R. 275; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Power Workers’ Union, Canadian Union of Public Employees, Local 1000 v. Ontario Energy Board*, 2013 ONCA 359, 116 O.R. (3d) 793; *Enbridge Gas Distribution Inc. v. Ontario Energy Board* (2006),

donnée chaque fois que la notion de « prudence » est invoquée. La Commission peut donc s’en remettre à son expertise pour décider si les dépenses sont prudentes (au sens ordinaire de raisonnables) et tenir alors compte de divers outils d’analyse et éléments de preuve à condition, au final, que les tarifs fixés soient justes et raisonnables tant pour le consommateur que pour le service public.

La norme de contrôle applicable à la décision de la Commission lorsque celle-ci met son expertise à contribution pour fixer les tarifs et approuver les paiements est celle de la décision raisonnable. Suivant cette norme de contrôle, l’interprétation de sa loi constitutive par la Commission commande la déférence. Dans la présente affaire, il n’était pas déraisonnable que la Commission décide, sans recourir à une méthode excluant le recul, que 50 p. 100 de l’IPC (AACV d’au plus 3 p. 100) représentait un taux raisonnable d’AACV pour les besoins de la détermination de la charge de retraite à des fins réglementaires : la Commission n’était pas légalement tenue d’appliquer une méthode précise pour apprécier les dépenses en cause; on ne peut considérer que, à lui seul, l’emploi du mot « prudentes » dans l’*Electric Utilities Act* et dans la *Gas Utilities Act* oblige la Commission à recourir à une méthode particulière excluant le recul; les dépenses refusées étaient des dépenses prévues. Il était donc raisonnable que la Commission se penche sur les recettes jugées nécessaires par les services publics ATCO à la lumière de toutes les circonstances pertinentes. De plus, comme la Commission n’a pas eu recours à une méthode injustifiée, il n’était pas déraisonnable qu’elle ordonne aux services publics ATCO de réduire la charge de retraite répercutée sur les recettes nécessaires en abaissant l’AACV.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Ontario (Commission de l’énergie) c. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 CSC 44, [2015] 3 R.C.S. 147; *Northwestern Utilities Ltd. c. City of Edmonton*, [1929] R.C.S. 186; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *Shaw c. Alberta Utilities Commission*, 2012 ABCA 378, 539 A.R. 315; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta Utilities Commission*, 2009 ABCA 246, 464 A.R. 275; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Power Workers’ Union, Canadian Union of Public Employees, Local 1000 c. Ontario Energy Board*, 2013 ONCA 359, 116 O.R. (3d) 793; *Enbridge Gas*

210 O.A.C. 4; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *TransCanada Pipelines Ltd. v. National Energy Board*, 2004 FCA 149, 319 N.R. 171.

Statutes and Regulations Cited

Electric Utilities Act, S.A. 2003, c. E-5.1, ss. 102, 121, 122.

Employment Pension Plans Act, R.S.A. 2000, c. E-8, ss. 13, 14, 48(3).

Employment Pension Plans Act, S.A. 2012, c. E-8.1, ss. 13, 35(2), 52(2)(b).

Employment Pension Plans Regulation, Alta. Reg. 35/2000, ss. 9, 10, 48(3).

Employment Pension Plans Regulation, Alta. Reg. 154/2014, ss. 48, 49, 60(2)(b), (3).

Gas Utilities Act, R.S.A. 2000, c. G-5, ss. 36, 37(3), 44(1), (3).

Ontario Energy Board Act, 1998, S.O. 1998, c. 15, Sch. B.

Roles, Relationships and Responsibilities Regulation, Alta. Reg. 186/2003, s. 4(3).

Authors Cited

Concise Oxford English Dictionary, 12th ed., by Angus Stevenson and Maurice Waite, eds. Oxford: Oxford University Press, 2011, “prudent”.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary, 11th ed. Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 2003, “prudent”.

Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, “prudent”.

Reid, Laurie, and John Todd. “New Developments in Rate Design for Electricity Distributors”, in Gordon Kaiser and Bob Heggie, eds., *Energy Law and Policy*. Toronto: Carswell, 2011, 519.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Costigan, Martin and Slatter JJ.A.), 2013 ABCA 310, 93 Alta. L.R. (5th) 234, 556 A.R. 376, 584 W.A.C. 376, 7 C.C.P.B. (2d) 171, [2013] A.J. No. 989 (QL), 2013 CarswellAlta 1984 (WL Can.), affirming a decision of the Alberta Utilities Commission, [2011] A.E.U.B.D. No. 506 (QL), 2011 CarswellAlta 1646 (WL Can.). Appeal dismissed.

Distribution Inc. c. Ontario Energy Board (2006), 210 O.A.C. 4; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *TransCanada Pipelines Ltd. c. Office national de l’énergie*, 2004 CAF 149.

Lois et règlements cités

Electric Utilities Act, S.A. 2003, c. E-5.1, art. 102, 121, 122.

Employment Pension Plans Act, R.S.A. 2000, c. E-8, art. 13, 14, 48(3).

Employment Pension Plans Act, S.A. 2012, c. E-8.1, art. 13, 35(2), 52(2)(b).

Employment Pension Plans Regulation, Alta. Reg. 35/2000, art. 9, 10, 48(3).

Employment Pension Plans Regulation, Alta. Reg. 154/2014, art. 48, 49, 60(2)(b), (3).

Gas Utilities Act, R.S.A. 2000, c. G-5, art. 36, 37(3), 44(1), (3).

Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario, L.O. 1998, c. 15, ann. B.

Roles, Relationships and Responsibilities Regulation, Alta. Reg. 186/2003, art. 4(3).

Doctrine et autres documents cités

Concise Oxford English Dictionary, 12th ed., by Angus Stevenson and Maurice Waite, eds., Oxford, Oxford University Press, 2011, « prudent ».

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.

Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary, 11th ed., Springfield (Mass.), Merriam-Webster, 2003, « prudent ».

Oxford English Dictionary, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1989, « prudent ».

Reid, Laurie, and John Todd. « New Developments in Rate Design for Electricity Distributors », in Gordon Kaiser and Bob Heggie, eds., *Energy Law and Policy*, Toronto, Carswell, 2011, 519.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Costigan, Martin et Slatter), 2013 ABCA 310, 93 Alta. L.R. (5th) 234, 556 A.R. 376, 584 W.A.C. 376, 7 C.C.P.B. (2d) 171, [2013] A.J. No. 989 (QL), 2013 CarswellAlta 1984 (WL Can.), qui a confirmé une décision de l’Alberta Utilities Commission, [2011] A.E.U.B.D. No. 506 (QL), 2011 CarswellAlta 1646 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

John N. Craig, Q.C., Loyola G. Keough and E. Bruce Mellett, for the appellants.

Catherine M. Wall and Brian C. McNulty, for the respondent the Alberta Utilities Commission.

Todd A. Shipley, C. Randall McCreary, Michael Sobkin and Breanne Schwanak, for the respondent the Office of the Utilities Consumer Advocate of Alberta.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ROTHSTEIN J. — In its decision of September 27, 2011, the Alberta Utilities Commission denied the request by ATCO Gas and Pipelines Ltd. and ATCO Electric Ltd. (collectively the “ATCO Utilities”) to recover, in approved rates, certain pension costs related to an annual cost of living adjustment (“COLA”) for 2012. Instead of approving recovery for an adjustment of 100 percent of the annual consumer price index (“CPI”) (up to a maximum COLA of 3 percent), the Commission ruled that recovery of only 50 percent of annual CPI (up to a maximum COLA of 3 percent) was reasonable. The Alberta Court of Appeal dismissed the ATCO Utilities’ appeal from the decision of the Commission. The ATCO Utilities now appeal to this Court.

[2] This matter was heard together with *Ontario (Energy Board) v. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 SCC 44, [2015] 3 S.C.R. 147 (“*OEB*”), which also concerns the review of a rate-setting decision by a utilities regulator. Although the facts of the cases are different, both involve issues of methodology, and, in particular, when — if ever — a regulator is required to apply a particular regulatory tool known as the “prudent investment test” in assessing a utility’s costs.

John N. Craig, c.r., Loyola G. Keough et E. Bruce Mellett, pour les appelantes.

Catherine M. Wall et Brian C. McNulty, pour l’intimée Alberta Utilities Commission.

Todd A. Shipley, C. Randall McCreary, Michael Sobkin et Breanne Schwanak, pour l’intimé Office of the Utilities Consumer Advocate of Alberta.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE ROTHSTEIN — Dans sa décision du 27 septembre 2011, l’Alberta Utilities Commission a refusé la demande présentée par ATCO Gas and Pipelines Ltd. et ATCO Electric Ltd. (collectivement, les « services publics ATCO ») en vue de recouvrer, selon les taux approuvés, certaines charges de retraite correspondant à l’ajustement annuel au coût de la vie (« AACV ») pour l’année 2012. Au lieu d’approuver ce recouvrement à raison de 100 p. 100 de l’indice des prix à la consommation (« IPC ») de l’année (AACV d’au plus 3 p. 100), la Commission a jugé raisonnable le recouvrement de seulement 50 p. 100 de l’IPC annuel (AACV d’au plus 3 p. 100). La Cour d’appel de l’Alberta a rejeté l’appel des services publics ATCO, lesquels se pourvoient aujourd’hui devant notre Cour.

[2] La présente affaire et *Ontario (Commission de l’énergie) c. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 CSC 44, [2015] 3 R.C.S. 147 (« *CÉO* »), qui concerne également le contrôle de la décision d’un organisme de réglementation relative à l’établissement des tarifs, ont fait l’objet d’une audition commune. Bien que les faits diffèrent dans l’une et l’autre, les deux affaires soulèvent les mêmes questions en ce qui a trait à la méthode à appliquer et, notamment, aux conditions auxquelles un organisme de réglementation pourrait, le cas échéant, être tenu d’appliquer ce qu’on appelle le « critère de l’investissement prudent » pour apprécier les dépenses d’un service public.

[3] The ATCO Utilities submit that the Commission is bound to first assess costs put forward by a utility for prudence, and that prudently incurred costs must be approved for inclusion in the utility's "revenue requirement". This term refers to "the total revenue that is required by the company to pay all of its allowable expenses and also to recover all costs associated with its invested capital": L. Reid and J. Todd, "New Developments in Rate Design for Electricity Distributors", in G. Kaiser and B. Heggie, eds., *Energy Law and Policy* (2011), 519, at p. 521. The approved revenue requirement is then to be allocated to customers in the form of just and reasonable rates. The ATCO Utilities argue that the Commission failed to properly address the prudence of such costs. They say that in the absence of an explicit contrary finding, costs are presumed to be prudent. Further, the ATCO Utilities assert that prudence is to be established based on circumstances as of the date of the cost decision — not based on hindsight and the use of information not available to the utility when the decision to incur the cost was made.

[4] The Office of the Utilities Consumer Advocate of Alberta argues that the Alberta regulatory framework does not impose a specific rate-setting methodology on the Commission; it falls to the Commission to decide upon the specific test and methodology to employ. Specifically, the Consumer Advocate argues that there is no obligation on the Commission to utilize a particular prudence test methodology when reviewing costs on a forecast basis. Nor is there a presumption of prudence. On the contrary, the onus is on the utility to demonstrate that the tariff it proposes is just and reasonable.

[5] As in *OEB*, the relevant statutory framework does not impose upon the Commission the "prudence" methodology urged by the ATCO Utilities. Further, following the approach set out in *OEB*, the methodology adopted by the Commission and its

[3] Les services publics ATCO soutiennent que la Commission doit d'abord se prononcer sur la prudence des dépenses invoquées par le service public et que les dépenses faites avec prudence doivent être approuvées aux fins de leur prise en compte dans les « recettes nécessaires » de l'entreprise. Ce poste s'entend des [TRADUCTION] « recettes dont l'entreprise a besoin au total pour le paiement de toutes ses dépenses susceptibles d'approbation et, également, pour recouvrer tous les coûts liés aux capitaux investis » (L. Reid et J. Todd, « New Developments in Rate Design for Electricity Distributors », dans G. Kaiser et B. Heggie, dir., *Energy Law and Policy* (2011), 519, p. 521). Les recettes nécessaires approuvées sont ensuite imputées aux clients au moyen d'une tarification juste et raisonnable. Les services publics ATCO soutiennent que la Commission n'a pas dûment apprécié le caractère prudent de ces dépenses. Selon eux, une dépense est présumée prudente faute de conclusion explicite contraire. Ils ajoutent que la prudence doit être appréciée en fonction du contexte au moment de la décision — et non avec le recul et à partir de renseignements dont ne disposait pas l'entreprise lorsqu'elle a décidé de faire la dépense.

[4] Le bureau du défenseur des droits des clients des services publics (Office of the Utilities Consumer Advocate) de l'Alberta fait valoir que le régime réglementaire albertain n'impose pas à la Commission de méthode précise pour l'établissement des tarifs; c'est à la Commission qu'il appartient de décider du critère et de la méthode à appliquer. Plus particulièrement, il soutient que la Commission n'est pas tenue de recourir à une méthode particulière fondée sur le principe de la prudence lorsqu'elle examine des dépenses sur une base prévisionnelle. Il n'existe pas non plus de présomption de prudence. Au contraire, il incombe au service public de démontrer que la tarification proposée est juste et raisonnable.

[5] Comme dans *CÉO*, le régime législatif applicable n'impose pas à la Commission la méthode fondée sur la « prudence » que préconisent les services publics ATCO. De plus, suivant l'approche énoncée dans *CÉO*, la méthode adoptée par la

application of this methodology were reasonable in view of the nature of the costs in question. I would dismiss the appeal.

I. Regulatory Framework

[6] In Alberta, the Commission sets “just and reasonable” tariffs for electric and gas utilities seeking recovery of their prudent costs and expenses: s. 121(2)(a) of the *Electric Utilities Act*, S.A. 2003, c. E-5.1 (“EUA”); and s. 36(a) of the *Gas Utilities Act*, R.S.A. 2000, c. G-5 (“GUA”).

[7] @2017AGWC In Canadian law, “just and reasonable” rates or tariffs are those that are fair to both consumers and the utility: *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1929] S.C.R. 186, at pp. 192-93, per Lamont J. Under a cost of service model, rates must allow the utility the opportunity to recover, over the long run, its operating and capital costs. Recovering these costs ensures that the utility can continue to operate and can earn its cost of capital in order to attract and retain investment in the utility: *OEB*, at para. 16. Consumers must pay what the Commission “expects it to cost to efficiently provide the services they receive” such that, “overall, they are paying no more than what is necessary for the service they receive”: *OEB*, at para. 20.

II. Facts

A. *The Pension Plan*

[8] Employees of the ATCO Utilities benefit from the Retirement Plan for Employees of Canadian Utilities Limited (“Canadian Utilities”), the parent company of the ATCO Utilities, and Participating Companies (the “Pension Plan”). The Pension Plan is administered by Canadian Utilities, which is not itself regulated by the Commission. As the Pension Plan administrator, Canadian Utilities acts in a fiduciary capacity in relation to Plan members and

Commission et l’application de cette méthode par cette dernière étaient raisonnables eu égard à la nature des dépenses en cause. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

I. Régime réglementaire

[6] En Alberta, la Commission établit la tarification [TRADUCTION] « juste et raisonnable » des services publics d’électricité ou de gaz désireux de recouvrer les dépenses et les charges prudentes (al. 121(2)(a) de l’*Electric Utilities Act*, S.A. 2003, c. E-5.1 (« EUA »), et al. 36(a) de la *Gas Utilities Act*, R.S.A. 2000, c. G-5 (« GUA »)).

[7] En droit canadien, la tarification « juste et raisonnable » est celle qui est équitable tant pour le consommateur que pour le service public (*Northwestern Utilities Ltd. c. City of Edmonton*, [1929] R.C.S. 186, p. 192-193, le juge Lamont). Selon un modèle fondé sur le coût du service, la tarification doit permettre à l’entreprise de recouvrer, à long terme, ses dépenses d’exploitation et son coût en capital. Grâce au recouvrement de ceux-ci, le service public peut continuer d’exercer ses activités et obtenir l’équivalent du coût du capital de manière à susciter l’investissement et à le maintenir (*CÉO*, par. 16). Le consommateur doit payer ce que la Commission « prévoit qu’il en coûtera pour la prestation efficace du service » de sorte que, « globalement, il ne paie pas plus que ce qui est nécessaire pour obtenir le service » (*CÉO*, par. 20).

II. Faits

A. *Le régime de pension*

[8] Les employés des services publics ATCO bénéficient du régime de retraite des employés de la société mère des services publics ATCO, Canadian Utilities Limited (« Canadian Utilities »), et de sociétés participantes (le « régime de pension »). Le régime est administré par Canadian Utilities, qui n’est pas elle-même réglementée par la Commission. En tant qu’administratrice du régime, Canadian Utilities exerce la fonction de fiduciaire vis-à-vis des

other Plan beneficiaries: s. 13(5) of the *Employment Pension Plans Act*, R.S.A. 2000, c. E-8.¹

[9] The Pension Plan includes a defined benefit plan (the “DB plan”), which was closed to new employees on January 1, 1997, and a defined contribution plan. The COLA applies only to the DB plan. The *Employment Pension Plans Act* requires that the DB plan be subject to actuarial calculations filed periodically with the Superintendent of Pensions for Alberta: ss. 13 and 14;² and ss. 9 and 10 of the *Employment Pension Plans Regulation*, Alta. Reg. 35/2000.³ Actuarial calculations determine, *inter alia*, the contributions that an employer must make to cover a DB plan’s liabilities.

[10] The assets of the Canadian Utilities Pension Plan are pooled between all Canadian Utilities member companies, regardless of whether they are regulated utility companies (like the ATCO Utilities) or not. The required employer funding is determined on an aggregate basis. If special payments must be made to address unfunded liabilities, the aggregate funding requirement is apportioned among the member entities of the Pension Plan.

[11] No employer contributions to the Pension Plan were required between 1996 and the end of 2009 because the Pension Plan was in surplus position, and thus the ATCO Utilities did not have to include such contributions in their revenue requirement applications to the Commission. In the wake of the 2008 financial crisis, the market value of the Pension Plan’s assets dropped and a large unfunded liability resulted, forcing the employers participating in the Pension Plan, including the ATCO Utilities, to resume making employer contributions in 2010.

participants et des autres bénéficiaires (par. 13(5) de l’*Employment Pension Plans Act*, R.S.A. 2000, c. E-8¹).

[9] Le régime de pension comporte un volet à prestations déterminées (le « régime APD »), lequel n’est plus offert aux nouveaux employés depuis le 1^{er} janvier 1997, et un volet à cotisations déterminées. L’AACV s’applique uniquement au régime APD. L’*Employment Pension Plans Act* dispose que le régime APD fait l’objet de calculs actuariels présentés périodiquement au surintendant des pensions de l’Alberta (art. 13 et 14²; art. 9 et 10 de l’*Employment Pension Plans Regulation*, Alta. Reg. 35/2000³). Les calculs actuariels permettent notamment de déterminer les cotisations que doit verser l’employeur pour combler le passif du régime APD.

[10] L’actif du régime de pension de Canadian Utilities est commun à toutes les sociétés participantes, qu’elles soient ou non des services publics réglementés (comme les services publics ATCO). Le financement par l’employeur est déterminé globalement. Lorsque des paiements spéciaux doivent être effectués pour combler un déficit actuariel, le financement global requis est réparti entre les entités participantes.

[11] Comme le régime affichait un excédent actuariel, l’employeur n’a pas eu à verser de cotisations entre 1996 et la fin de l’année 2009. Les services publics ATCO n’ont donc pas eu à tenir compte de telles cotisations dans les demandes relatives aux recettes nécessaires qu’ils ont soumises à la Commission. Après la crise financière de 2008, la valeur au marché de l’actif du régime a chuté, ce qui a donné lieu à un important déficit actuariel et forcé les employeurs participants, y compris les services publics ATCO, à verser à nouveau des cotisations en 2010.

¹ This provision has since been replaced by s. 35(2) of the *Employment Pension Plans Act*, S.A. 2012, c. E-8.1.

² These provisions have since been replaced by s. 13 of the *Employment Pension Plans Act* (2012).

³ These provisions have since been replaced by ss. 48 and 49 of the *Employment Pension Plans Regulation*, Alta. Reg. 154/2014.

¹ Cette disposition a depuis été remplacée par le par. 35(2) de l’*Employment Pension Plans Act*, S.A. 2012, c. E-8.1.

² Ces dispositions ont depuis été remplacées par l’art. 13 de l’*Employment Pension Plans Act* (2012).

³ Ces dispositions ont depuis été remplacées par les art. 48 et 49 de l’*Employment Pension Plans Regulation*, Alta. Reg. 154/2014.

B. *The Pension Plan Funding Obligations*

[12] Section 48(3) of the *Employment Pension Plans Act* (2000)⁴ requires that the Pension Plan be funded in accordance with actuarial valuation reports. The actuarial valuation report relevant to this appeal (the “2009 Actuarial Report”) was filed with the Superintendent of Pensions for Alberta on June 29, 2010 by Mercer (Canada) Limited, the Pension Plan’s actuary. The report indicated that two types of payments were required. First, it determined the estimated payments required to address the projected benefits owed to beneficiaries for 2010, 2011 and 2012. These are also called “current service costs”. Second, it determined that the DB plan had an unfunded liability of \$157.1 million across all Canadian Utilities entities, requiring all the employers participating in the Pension Plan, including the ATCO Utilities, to make minimum annual special payments in the aggregate amount of \$16.4 million until December 31, 2024 to address the liability. The ATCO Utilities alone were liable for approximately \$13.9 million of the annual aggregate special payment amount.

[13] The cost of living adjustment issues in this case involve both the contributions that the ATCO Utilities must make into the DB plan and the benefits paid to retirees out of the plan. With regard to the ATCO Utilities’ contributions into the plan, the 2009 Actuarial Report included a provision for “post retirement pension increases” that is based on the DB plan’s COLA formula and the actuarial report’s assumption for inflation. This provision affects the payments that the ATCO Utilities are required to make into the DB plan for the three-year period covered by the report. In this case, this increase was 2.25 percent per year for all three years.

⁴ This provision has since been replaced by s. 52(2)(b) of the *Employment Pension Plans Act* (2012).

B. *Les obligations relatives au financement du régime de pension*

[12] Selon le par. 48(3) de l’ancienne *Employment Pension Plans Act* (2000)⁴, le régime est financé en conformité avec les rapports d’évaluation actuarielle. Le 29 juin 2010, l’actuaire du régime, Mercer (Canada) Limited, a remis au surintendant des pensions de l’Alberta le rapport d’évaluation actuarielle pertinent en l’espèce (le « rapport actuariel de 2009 »). Le rapport indique que deux types de paiement s’imposent. Premièrement, il établit les paiements estimatifs nécessaires pour permettre le versement des prestations projetées auxquelles auraient droit les bénéficiaires pour les années 2010, 2011 et 2012 (aussi appelés « coût des prestations pour service courant »). Deuxièmement, il précise que le régime à APD affiche un déficit actuariel de 157,1 millions de dollars pour toutes les entités membres de Canadian Utilities, de sorte que l’ensemble des employeurs qui participent au régime, y compris les services publics ATCO, doivent effectuer des paiements spéciaux annuels globaux d’au moins 16,4 millions de dollars jusqu’au 31 décembre 2024 pour combler le déficit. De ces montants annuels globaux, les services publics ATCO doivent payer à eux seuls environ 13,9 millions de dollars.

[13] Les questions liées à l’ajustement au coût de la vie soulevées en l’espèce visent non seulement les cotisations que les services publics ATCO sont tenus de faire au régime APD, mais aussi les sommes prélevées sur ce régime pour verser des prestations aux retraités. Pour ce qui est des cotisations des services publics ATCO au régime, le rapport actuariel de 2009 prévoit [TRADUCTION] « l’augmentation des prestations versées aux retraités » selon la formule d’AACV du régime APD et le taux d’inflation retenu. Cette clause a une incidence sur les sommes que les services publics ATCO doivent verser au régime APD pour la période de trois ans visée par le rapport. En l’espèce, l’augmentation est de 2,25 p. 100 par année pour toute la période.

⁴ Cette disposition a depuis été remplacée par l’al. 52(2)(b) de l’*Employment Pension Plans Act* (2012).

[14] With regard to the payment of benefits to retirees under the DB plan, the ATCO Utilities' parent company Canadian Utilities sets the COLA annually. Sections 6.9(a) and 6.12(a) of the DB plan prescribe that Canadian Utilities determines the COLA by taking into consideration annual percentage changes in the CPI for Canada and any previous adjustments paid. These provisions cap the adjustment set by Canadian Utilities at 3 percent per annum.

III. Decisions Below

A. *Alberta Utilities Commission: ATCO Utilities, Re (2010)*, 84 C.C.P.B. 89 (“*Decision 2010-189*”)

[15] On July 10, 2009, the ATCO Utilities filed an application with the Commission to determine, *inter alia*, the amount of employer pension contributions that would be included in their revenue requirements in 2010. The ATCO Utilities' proposed contributions reflected a COLA set at 100 percent of annual Canada CPI (up to a maximum of 3 percent), as Canadian Utilities had used for a number of years. However, in the Commission's view, setting COLA at 100 percent of CPI year after year was not required by the wording of the Pension Plan. It concluded “that ratepayers should not bear any incremental pension funding costs” that arise from Canadian Utilities' practice of setting COLA “where it [was] demonstrated that such incremental costs prove to be unreasonable or imprudent in the circumstances”: para. 118.

[16] However, the Commission did not find the evidence filed in this application to be sufficient to draw conclusions with respect to whether the COLA was prudent. As a result, it did not reduce the COLA of 100 percent of annual CPI (up to a maximum of 3 percent) for the ATCO Utilities' 2010 revenue requirements. Nonetheless, the Commission stated that it “would like to investigate the possibility of adjusting COLA as a mechanism in prudently managing utility pension expense” for the years 2011 onward: para. 123. It directed the ATCO Utilities to prepare a 2011 pension common matters

[14] En ce qui concerne le versement des prestations de retraite selon le régime APD, la société mère des services publics ATCO, Canadian Utilities, fixe annuellement l'AACV. Suivant les al. 6.9(a) et 6.12(a) du régime APD, Canadian Utilities établit l'AACV en tenant compte du taux de variation annuelle de l'IPC au Canada et de tout autre ajustement déjà versé. Ces dispositions plafonnent cet ajustement à 3 p. 100 par année.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Alberta Utilities Commission : ATCO Utilities, Re (2010)*, 84 C.C.P.B. 89 (« *Décision 2010-189* »)

[15] Le 10 juillet 2009, les services publics ATCO ont demandé à la Commission de déterminer, entre autres, le montant des cotisations de l'employeur pouvant être prises en compte dans ses recettes nécessaires pour l'année 2010. Le montant proposé se fondait sur un AACV correspondant à 100 p. 100 de l'IPC pour l'année au Canada (au plus 3 p. 100) — soit la valeur utilisée par Canadian Utilities depuis des années. Or, de l'avis de la Commission, le libellé du régime de pension n'exige pas que l'AACV soit fixé, année après année, à raison de 100 p. 100 de l'IPC. Elle conclut [TRADUCTION] « que les contribuables ne doivent pas assumer le coût différentiel du financement d'un régime de pension » qui résulte de la manière dont Canadian Utilities a déterminé l'AACV au fil des ans « lorsqu'il [est] démontré qu'un tel coût se révèle déraisonnable ou imprudent dans les circonstances » (par. 118).

[16] Toutefois, la Commission ne juge pas la preuve suffisante pour tirer des conclusions quant à savoir si l'AACV était prudent ou non. Elle ne réduit donc pas l'ajustement correspondant à 100 p. 100 de l'IPC de l'année (au plus 3 p. 100) pour les besoins des recettes nécessaires des services publics ATCO pour l'année 2010. Elle dit néanmoins [TRADUCTION] « vouloir examiner la possibilité de revoir l'AACV en tant que mécanisme de gestion prudente de la charge de retraite d'un service public » pour 2011 et les années suivantes (par. 123). Elle ordonne aux services publics

application to address issues related to COLA and Canadian Utilities' discretion in setting COLA.

B. *Alberta Utilities Commission: 2011 Carswell-Alta 1646 (WL Can.)* (“*Decision 2011-391*”)

[17] On December 15, 2010, the ATCO Utilities filed a pension common matters application pursuant to the Commission's direction in *Decision 2010-189*. The Commission published its *Decision 2011-391* on September 27, 2011. It is this decision that is the subject of appeal in this Court.

[18] In reviewing the COLA included in the ATCO Utilities' revenue requirement application, the Commission wrote that the reasonableness of setting it at 100 percent of CPI had to be evaluated “in the circumstances applicable at the time that ATCO Utilities apply to include pension expense in revenue requirement”: *Decision 2011-391*, at para. 87. The significant unfunded liability of the Pension Plan was such a circumstance. The Commission was of the view that the DB plan permitted Canadian Utilities to exercise its discretion in setting the COLA, and that this discretion was “an available tool” for Canadian Utilities to actively manage the DB plan unfunded liability as it carried out its fiduciary and contractual obligations: para. 83. “[T]he availability of that discretion and the exercise, or lack thereof, of that discretion [was] a relevant and material consideration” in determining whether the ATCO Utilities' pension expenses were reasonable and should be included in revenue requirements: *ibid.*

[19] The Commission found that the ATCO Utilities' practice of awarding an annual COLA of 100 percent of CPI every year was not “an acceptable standard practice”, in light of benchmark evidence showing a wider range of COLA percentages used by defined benefit pension plans among other

ATCO de préparer une demande d'examen de questions communes relatives au régime de pension pour l'année 2011 qui traite des questions relatives à l'AACV et du pouvoir discrétionnaire de Canadian Utilities dans l'établissement de l'AACV.

B. *Alberta Utilities Commission : 2011 Carswell-Alta 1646 (WL Can.)* (« *Décision 2011-391* »)

[17] Le 15 décembre 2010, les services publics ATCO ont déposé une demande d'examen de questions communes relatives au régime de pension conformément à la directive de la Commission dans sa *Décision 2010-189*. La Commission a rendu publique sa *Décision 2011-391* le 27 septembre 2011. C'est cette décision que vise le pourvoi.

[18] Dans son examen de l'AACV prévu dans la demande d'approbation des recettes nécessaires des services publics ATCO, la Commission opine que la question de savoir s'il est raisonnable ou non de le faire correspondre à 100 p. 100 de l'IPC doit être tranchée [TRADUCTION] « eu égard aux circonstances en présence lorsque les services publics ATCO ont demandé d'inclure la charge de retraite dans ses recettes nécessaires » (*Décision 2011-391*, par. 87). L'important déficit actuariel du régime de pension est l'une de ces circonstances. La Commission estime que le régime APD permettait à Canadian Utilities d'exercer son pouvoir discrétionnaire dans l'établissement de l'AACV et que ce pouvoir est un « outil à la disposition » de cette entreprise pour lui permettre de gérer activement l'important déficit actuariel du régime APD dans l'exercice de ses obligations fiduciaires et contractuelles (par. 83). « [L]'existence de ce pouvoir discrétionnaire et le fait de l'exercer ou non constitu[ent] une considération pertinente et importante » pour déterminer si la charge de retraite des services publics ATCO est raisonnable et doit être prise en compte dans les recettes nécessaires (*ibid.*).

[19] La Commission conclut que la fixation par les services publics ATCO d'un AACV à raison de 100 p. 100 de l'IPC à chaque année n'est pas une [TRADUCTION] « pratique courante reconnue » à la lumière de la preuve voulant que les régimes de pension APD d'autres entités d'un groupe de

entities in a comparator group: *Decision 2011-391*, at para. 87. The majority of these other entities set COLA between 50 percent and 75 percent of CPI. The Commission also found that a reduction in COLA would not undermine ATCO Utilities' ability to attract new employees, nor would it encourage current employees to leave.

[20] The Commission concluded that the COLA included in current service costs to be recovered through tariffs after January 1, 2012 and until the next actuarial valuation should be 50 percent of the annual Canada CPI, to a maximum of 3 percent. The ATCO Utilities' revenue requirements for 2012 were to be reduced accordingly.

[21] However, with regard to the special payments addressing the unfunded liability for 2012, the Commission stated that it would not require that the ATCO Utilities file an updated actuarial report reflecting a lower COLA and that it would only begin disallowing a COLA of 100 percent of CPI with regard to special payment costs from 2013 onward. This decision resulted from the Commission's conclusion that filing a new actuarial report "would be costly, and consume an undue amount of company, intervenor and Commission resources given the time remaining in 2011 to complete a new report and file it for approval with the Commission and subsequently with the Superintendent of Pensions", especially as a new report would be filed by January 1, 2013 as it stood: *Decision 2011-391*, at para. 99. The Commission did not reduce special payments to be recovered in 2012 because it was not "in the best interest of ATCO Utilities, ratepayers or pensioners to implement a change to the COLA calculation [at this time] given the uncertain pension funding impacts that may result from a new actuarial valuation and report": para. 100. Reductions in liability as a result of a reduction of COLA would be captured in ongoing special payments set for 2013 onward.

comparaison fassent correspondre l'AACV à des pourcentages très variables (*Décision 2011-391*, par. 87). La majorité de ces autres entités font correspondre l'AACV à un pourcentage situé entre 50 p. 100 et 75 p. 100 de l'IPC. La Commission conclut également qu'une réduction de l'AACV ne nuirait pas au recrutement par les services publics ATCO de nouveaux employés et n'encouragerait pas non plus les employés actuels à quitter leur emploi.

[20] Selon la Commission, l'AACV inclus dans le coût des prestations pour services courants à recouvrer grâce aux tarifs imposés après le 1^{er} janvier 2012 et jusqu'à l'évaluation actuarielle suivante doit correspondre à 50 p. 100 de l'IPC pour l'année au Canada (au plus 3 p. 100). Les recettes nécessaires des services publics ATCO pour l'année 2012 doivent être réduites en conséquence.

[21] Cependant, pour ce qui est des paiements spéciaux destinés à combler le déficit actuariel pour l'année 2012, la Commission affirme qu'elle n'obligerait pas les services publics ATCO à déposer un rapport actuariel actualisé faisant état d'un pourcentage d'AACV moindre et qu'elle commencerait uniquement par refuser que l'AACV corresponde à 100 p. 100 de l'IPC à compter de 2013. Cette décision découle de sa conclusion selon laquelle le dépôt d'un nouveau rapport actuariel [TRADUCTION] « serait coûteux et exigerait trop de ressources de la part de la société, de la partie intervenante et de la Commission compte tenu du temps qui reste en 2011 pour établir un nouveau rapport et le soumettre à l'approbation de la Commission, puis du surintendant des pensions », d'autant plus qu'un nouveau rapport était censé être déposé au plus tard le 1^{er} janvier 2013 (*Décision 2011-391*, par. 99). La Commission ne réduit pas les paiements spéciaux à recouvrer en 2012 parce qu'il n'est pas « dans l'intérêt véritable des services publics ATCO, des clients et des retraités de modifier [aujourd'hui] le calcul de l'AACV étant donné les répercussions incertaines sur le financement du régime de pension qu'auraient une nouvelle évaluation et un nouveau rapport actuariels » (par. 100). La réduction du déficit découlant de la réduction de l'AACV serait prise en compte dans les cotisations spéciales en cours pour 2013 et les années suivantes.

C. *Alberta Utilities Commission: ATCO Utilities, Re (2012), 97 C.C.P.B. 298* (“*Decision 2012-077*”)

[22] On November 2, 2011, the ATCO Utilities filed a review and variance application of *Decision 2011-391*. The ATCO Utilities requested that the Commission vacate its direction to reduce the amount of COLA to 50 percent of CPI for regulatory purposes.

[23] The Commission found that the arguments raised by the ATCO Utilities did not give rise to a substantial doubt as to the correctness of *Decision 2011-391* and denied the ATCO Utilities’ request for review and variance.

D. *Alberta Court of Appeal: 2013 ABCA 310, 93 Alta. L.R. (5th) 234*

[24] The Alberta Court of Appeal granted leave to appeal *Decision 2011-391*. Conducting a reasonableness review, the court held it was open to the Commission to reduce the ATCO Utilities’ revenue requirements to reflect a COLA of 50 percent of CPI. The Court of Appeal dismissed ATCO Utilities’ appeal.

IV. Issues

[25] This appeal raises three issues:

1. What is the standard of review?
2. Does the regulatory framework prescribe a certain methodology in assessing whether costs are prudent?
3. Was it reasonable for the Commission to refuse to incorporate 100 percent of CPI to a maximum of 3 percent into the ATCO Utilities’ COLA revenue requirements?

C. *Alberta Utilities Commission : ATCO Utilities, Re (2012), 97 C.C.P.B. 298* (« *Décision 2012-077* »)

[22] Le 2 novembre 2011, les services publics ATCO ont déposé une demande de révision et de modification de la *Décision 2011-391*. Ils ont demandé à la Commission d’annuler sa directive d’abaisser l’AACV à 50 p. 100 de l’IPC à des fins réglementaires.

[23] La Commission a conclu que les arguments des services publics ATCO ne permettaient pas de douter sérieusement de la justesse de la *Décision 2011-391* et elle a rejeté la demande de révision et de modification.

D. *Cour d’appel de l’Alberta : 2013 ABCA 310, 93 Alta. L.R. (5th) 234*

[24] La Cour d’appel de l’Alberta a autorisé l’appel de la *Décision 2011-391*. Après s’être penchée sur le caractère raisonnable de celle-ci, elle conclut qu’il était loisible à la Commission de réduire les recettes nécessaires des services publics ATCO de manière qu’elles tiennent compte d’un AACV correspondant à 50 p. 100 de l’IPC. Elle rejette donc l’appel.

IV. Questions en litige

[25] Le pourvoi soulève trois questions :

1. Quelle est la norme de contrôle applicable?
2. Le régime réglementaire impose-t-il une méthode en particulier pour apprécier le caractère prudent des dépenses?
3. Était-il raisonnable que la Commission refuse de prendre en compte un AACV correspondant à 100 p. 100 de l’IPC (AACV d’au plus 3 p. 100) pour déterminer les recettes nécessaires des services publics ATCO?

V. Analysis

A. *Standard of Review*

[26] The standard of review of the Commission's decision in applying its expertise to set rates and approve payment amounts in accordance with the *Electric Utilities Act* and the *Gas Utilities Act* is reasonableness: *OEB*, at para. 73; see *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paras. 53-54.

[27] Nonetheless, the ATCO Utilities argue that the jurisprudence favours applying a standard of correctness. However, the cases they cite — *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140 (“*Stores Block*”), *Shaw v. Alberta Utilities Commission*, 2012 ABCA 378, 539 A.R. 315, and *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta Utilities Commission*, 2009 ABCA 246, 464 A.R. 275 — are not analogous to the matter at hand. They each were said to involve “true questions of jurisdiction”, where the regulator was called on to determine whether it had the statutory authority to decide a particular question. This Court's recent jurisprudence has emphasized that true questions of jurisdiction, if they exist as a category at all, an issue yet unresolved by the Court, are rare and exceptional: *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 34. In any event, this case involves ratemaking. As Bastarache J. noted in *Stores Block*, ratemaking is at the heart of a regulator's expertise and is therefore deserving of a high degree of deference: para. 30.

[28] To the extent that an appeal also turns on the Commission's interpretation of its home statutes, a standard of reasonableness also presumptively

V. Analyse

A. *Norme de contrôle*

[26] La norme de contrôle applicable à la décision de la Commission lorsque celle-ci met son expertise à contribution pour fixer les tarifs et approuver les paiements conformément à l'*Electric Utilities Act* et à la *Gas Utilities Act* est celle de la décision raisonnable (*CÉO*, par. 73; voir *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 53-54).

[27] Les services publics ATCO soutiennent néanmoins que la jurisprudence privilégie l'application de la norme de la décision correcte. Or, les faits à l'origine des arrêts qu'ils citent (*ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140 (l'arrêt relatif au « *Calgary Stores Block* »), *Shaw c. Alberta Utilities Commission*, 2012 ABCA 378, 539 A.R. 315, et *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta Utilities Commission*, 2009 ABCA 246, 464 A.R. 275) diffèrent de ceux de la présente espèce. Chacune de ces affaires soulevait, prétendait-on, de « véritables questions de compétence », l'organisme de réglementation étant appelé à déterminer s'il avait le pouvoir légal de trancher une question donnée. Dans sa jurisprudence récente, la Cour insiste sur le fait que les véritables questions de compétence, à supposer qu'elles forment bel et bien une catégorie, ce sur quoi la Cour n'a pas encore statué, sont rares et exceptionnelles (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 34). Quoi qu'il en soit, la présente affaire porte sur l'établissement de tarifs. Comme le souligne le juge Bastarache dans l'arrêt relatif au *Calgary Stores Block*, l'établissement des tarifs est au cœur de l'expertise d'un organisme de réglementation et commande donc une grande déférence (par. 30).

[28] Lorsque l'appel porte également sur l'interprétation de sa loi constitutive par la Commission, l'application de la norme de la décision raisonnable

applies: *Alberta Teachers' Association*, at para. 30. The presumption is not rebutted in this case.

B. *Methodology for Determining Costs and Just and Reasonable Rates Under the Electric Utilities Act and the Gas Utilities Act*

[29] The application by the ATCO Utilities, one of which is an electric utility and the other a gas utility, involves both the *EUA* and the *GUA*. Both statutes direct the Commission to set just and reasonable rates. The *EUA* requires the Commission to “have regard for the principle that a tariff approved by it must provide the owner of an electric utility with a reasonable opportunity to recover” various “prudent” or “prudently incurred” costs: s. 122; see also s. 102. A gas utility, on the other hand, is “entitled to recover in its tariffs” costs that the Commission determines to be “prudent”: s. 4(3) of the *Roles, Relationships and Responsibilities Regulation*, Alta. Reg. 186/2003 (“*RRR Regulation*”); see also s. 36 *GUA*.

[30] The ATCO Utilities argue that the guarantee of a reasonable opportunity to recover their costs requires that the Commission must first examine whether the decisions to incur costs were prudent and must apply a presumption of prudence in favour of the utility. Unless these costs are found not to be prudent, they are to be included in the utility’s revenue requirement. The ATCO Utilities say that in conducting its prudence inquiry, the Commission is required to use the prudence test as described by the Ontario Court of Appeal in *Power Workers' Union, Canadian Union of Public Employees, Local 1000 v. Ontario Energy Board*, 2013 ONCA 359, 116 O.R. (3d) 793, which is the subject of the companion appeal to this case. In that case,

est aussi présumée (*Alberta Teachers' Association*, par. 30). Cette présomption n’est pas réfutée en l’espèce.

B. *Méthode d’appréciation des dépenses et d’établissement de tarifs justes et raisonnables sous le régime de l’Electric Utilities Act et de la Gas Utilities Act*

[29] La demande des services publics ATCO — l’un de ces services exerçant ses activités dans le secteur de l’électricité, l’autre dans celui du gaz — fait intervenir les deux lois à la fois. L’*EUA* et la *GUA* enjoignent à la Commission de fixer des tarifs justes et raisonnables. L’*EUA* contraint la Commission à [TRADUCTION] « tenir compte du principe selon lequel le tarif qu’elle approuve doit faire en sorte que le propriétaire des installations d’électricité ait la possibilité raisonnable de recouvrer » diverses dépenses « prudentes » ou « faites avec prudence » (art. 122; voir également art. 102). Quant au service public gazier, il [TRADUCTION] « peut recouvrer grâce à ses tarifs » les dépenses que la Commission juge « prudentes » (par. 4(3) du *Roles, Relationships and Responsibilities Regulation*, Alta. Reg. 186/2003 (le « règlement *RRR* »); voir également l’art. 36 de la *GUA*).

[30] Selon la thèse des services publics ATCO, pour qu’un service public soit assuré d’une possibilité raisonnable de recouvrer ses dépenses, la Commission doit d’abord se demander si la décision de faire les dépenses était prudente et présumer qu’elle l’était. Sauf si elle conclut à la non-prudence, elle prend en compte les dépenses dans les recettes nécessaires de l’entreprise. Les services publics ATCO font valoir que la Commission doit, dans son appréciation de la prudence, appliquer le critère énoncé par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Power Workers' Union, Canadian Union of Public Employees, Local 1000 c. Ontario Energy Board*, 2013 ONCA 359, 116 O.R. (3d) 793, lequel fait l’objet du pourvoi connexe. Dans cette affaire, la

the Ontario Court of Appeal relied on a formulation of prudence review set out in *Enbridge Gas Distribution Inc. v. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4, at para. 10:

- Decisions made by the utility’s management should generally be presumed to be prudent unless challenged on reasonable grounds.
- To be prudent, a decision must have been reasonable under the circumstances that were known or ought to have been known to the utility at the time the decision was made.
- Hindsight should not be used in determining prudence, although consideration of the outcome of the decision may legitimately be used to overcome the presumption of prudence.
- Prudence must be determined in a retrospective factual inquiry, in that the evidence must be concerned with the time the decision was made and must be based on facts about the elements that could or did enter into the decision at the time. [para. 16]

[31] The ATCO Utilities argue that the statutes’ express use of the word “prudent” to qualify the costs and expenses that electric and gas utilities are entitled to recover necessarily mandates the use of that prudence test. I will refer to it as the “no-hindsight” test.

[32] The language of the relevant provisions of the *EUA* and *GUA* differs from the *Ontario Energy Board Act, 1998*, S.O. 1998, c. 15, Sch. B, in the companion *OEB* appeal. While the *EUA* and the *GUA* contain specific references to “prudence”, the *Ontario Energy Board Act, 1998* does not. Further, regulations passed under the *Ontario Energy Board Act, 1998* expressly permit the Ontario Energy Board to establish a methodology to determine whether revenue requirements are just and reasonable. The *EUA* and *GUA* do not include a direct grant of methodological discretion. However, like the statutory scheme in *OEB*, neither the *EUA* nor

Cour d’appel de l’Ontario fait siens les paramètres établis dans *Enbridge Gas Distribution Inc. c. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4, par. 10, pour statuer sur la prudence :

[TRADUCTION]

- La décision de la direction du service public est généralement présumée prudente, sauf contestation pour motifs valables.
- Pour qu’elle soit prudente, la décision doit être raisonnable eu égard aux circonstances que connaissait ou qu’aurait dû connaître le service public au moment où il l’a prise.
- Le recul est exclu de l’appréciation de la prudence, même lorsque les conséquences de la décision peuvent légitimement servir à réfuter la présomption de prudence.
- La prudence est appréciée dans le cadre d’une analyse factuelle rétrospective en ce que la preuve doit porter sur le moment où la décision a été prise et reposer sur des faits quant aux éléments qui ont pu entrer en ligne de compte ou qui sont effectivement entrés en ligne de compte dans la décision. [par. 16]

[31] Selon les services publics ATCO, le fait que les deux lois renvoient expressément à la notion de « prudence » de pair avec les dépenses et les charges que les fournisseurs d’électricité et de gaz sont autorisés à recouvrer commande nécessairement l’application de ces paramètres (ci-après, le critère excluant le recul).

[32] Le libellé des dispositions pertinentes de l’*EUA* et de la *GUA* diffère de celui des dispositions de la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*, L.O. 1998, c. 15, ann. B, considérées dans le pourvoi connexe *CÉO*. Alors que l’*EUA* et la *GUA* y renvoient expressément, la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* ne comporte aucune mention de la notion de « prudence ». De plus, les règlements pris en vertu de la loi ontarienne autorisent expressément la Commission de l’énergie de l’Ontario à établir une méthode qui permet de déterminer si des recettes nécessaires sont justes et raisonnables. L’*EUA* et la *GUA* n’accordent

the *GUA* impose a specific methodology⁵ and, as will be explained, their references to “prudence” do not impose upon the Commission the specific methodology advanced by the ATCO Utilities.

(1) Prudence Under the *EUA*

[33] The question before this Court is whether the Commission’s interpretation and exercise of its rate-setting authority was reasonable. The ATCO Utilities argue that the statutory framework supports its assertion that it was entitled to a no-hindsight prudence review. Under the reasonableness standard of review, the Commission’s interpretation of its home statute is entitled to deference. In this case, the Commission did not expressly address the question of whether the statutory regime mandated a no-hindsight approach. Rather, its decision to proceed without using a no-hindsight prudence test implies that it understood the relevant statutes not to mandate the ATCO Utilities’ desired methodology. It is thus necessary to examine the terms of the relevant statutes to determine whether the Commission’s approach was reasonable. In doing so, this Court may make use of the traditional tools of statutory interpretation with the goal of determining whether the Commission’s approach was reasonable: see *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at paras. 37-41.

⁵ The *GUA* does provide some methodological guidance to the Commission with regard to calculating a utility’s return on its rate base by specifying what information may be considered in this process: “In fixing the fair return that an owner of a gas utility is entitled to earn on the rate base, the Commission shall give due consideration to all facts that in its opinion are relevant” (s. 37(3)). However, it does not provide any further methodological guidance for assessing the recoverability of a utility’s costs.

pas directement un pouvoir discrétionnaire qui permet de choisir une méthode. Cependant, non plus que le régime législatif en cause dans le pourvoi *CÉO*, ni l’*EUA* ni la *GUA* n’imposent une méthode précise⁵ et, nous le verrons plus loin, le fait qu’elles recourent à la notion de « prudence » n’a pas pour effet d’imposer à la Commission la méthode que préconisent les services publics ATCO.

(1) La notion de prudence suivant l’*EUA*

[33] La question que la Cour est appelée à trancher est celle de savoir si l’interprétation par la Commission de son pouvoir en matière d’établissement des tarifs et son exercice de ce pouvoir étaient raisonnables ou non. Les services publics ATCO soutiennent que le cadre législatif étaye leur prétention selon laquelle ils avaient droit à un contrôle de la prudence excluant le recul. Suivant la norme de contrôle de la décision raisonnable, l’interprétation de sa loi constitutive par la Commission commande la déférence. Dans la présente affaire, la Commission ne s’est pas expressément demandé si le régime législatif commandait le recours à une démarche sans recul. Sa décision de ne pas effectuer un contrôle de la prudence excluant le recul permet plutôt de conclure que, selon son interprétation, les dispositions pertinentes ne l’obligeaient pas à employer la méthode souhaitée par les services publics ATCO. L’examen du libellé des dispositions en cause s’impose donc pour décider si l’approche de la Commission était raisonnable ou non. À cette fin, la Cour peut s’en remettre aux outils traditionnels d’interprétation des lois pour se prononcer sur le caractère raisonnable ou non de l’approche de la Commission (voir *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, par. 37-41).

⁵ La *GUA* donne à la Commission certaines indications sur la manière de calculer le rendement qu’un service public peut toucher sur sa base de tarification en précisant quelles données peuvent être prises en compte dans ce processus : [TRADUCTION] « Pour établir le juste rendement auquel a droit le propriétaire d’un service public de gaz sur sa base de tarification, la Commission tient dûment compte de tous les faits qu’elle estime pertinents » (par. 37(3)). Toutefois, elle ne fournit aucune autre indication sur la méthode à appliquer pour déterminer si les dépenses d’un service public sont susceptibles de recouvrement.

[34] The words of a statute are to be interpreted “in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, quoting E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87. Because, as will be discussed, the meaning of “prudence” is the focus of much of the debate in this case, it is helpful to start by examining the ordinary meaning of the word as a baseline for the subsequent analysis. Pertinent dictionary definitions give a range of meanings for “prudent”, including “having or exercising sound judgement in practical affairs” (*The Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989), at p. 729), “acting with or showing care and thought for the future” (*Concise Oxford English Dictionary* (12th ed. 2011), at p. 1156), or “marked by wisdom or judiciousness [or] shrewd in the management of practical affairs” (*Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary* (11th ed. 2003), at p. 1002). While these definitions may vary in their nuance, the ordinary sense of the word is such that a prudent cost is one which may be described as wise or sound.

[35] However, these dictionary definitions are not so consistent and exhaustive as to provide a complete answer to the question of the meaning of “prudent” costs in the context of the Alberta utilities regulation statutes. As such, a contextual reading of the statutory provisions at issue provides further guidance. In the context of utilities regulation, I do not find any difference between the ordinary meaning of a “prudent” cost and a cost that could be said to be reasonable. It would not be imprudent to incur a reasonable cost, nor would it be prudent to incur an unreasonable cost.

[36] The *EUA* provides that an “owner of an electric distribution system must prepare a distribution tariff for the purpose of recovering the prudent costs of providing electric distribution service by means

[34] Il faut lire les termes d’une loi « dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87). Nous verrons plus loin que le débat porte en grande partie sur la signification de la notion de « prudence », si bien qu’il est utile d’examiner d’abord le sens ordinaire de ce terme comme point de référence pour l’analyse qui suivra. Les dictionnaires offrent une gamme de définitions de l’adjectif « prudent », dont les suivantes : [TRADUCTION] « . . . qui a ou qui exerce un bon jugement dans les affaires d’ordre pratique » (*The Oxford English Dictionary* (2^e éd. 1989), p. 729), [TRADUCTION] « qui agit en se souciant du lendemain ou qui manifeste un tel souci » (*Concise Oxford English Dictionary* (12^e éd. 2011), p. 1156), ou [TRADUCTION] « qui est empreint de sagesse ou de pertinence, [ou] qui est rompu à la gestion des affaires d’ordre pratique » (*Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary* (11^e éd. 2003), p. 1002). Bien que ces définitions comportent des nuances, on peut en conclure, suivant le sens ordinaire de l’adjectif, qu’une dépense prudente est celle qui résulte d’une décision sage ou bonne.

[35] Cependant, ces définitions ne sont pas suffisamment uniformes et exhaustives pour apporter une réponse définitive à la question de savoir ce qu’il faut entendre par des dépenses « prudentes » dans le contexte des lois qui réglementent les services publics en Alberta. Une interprétation contextuelle des dispositions législatives en cause offre donc un autre élément de réponse. Dans le contexte de la réglementation de services publics, je ne vois aucune différence entre des dépenses « prudentes » au sens ordinaire de ce terme et des dépenses que l’on pourrait qualifier de raisonnables. Ainsi, il ne serait pas imprudent de faire des dépenses raisonnables, pas plus qu’il ne serait prudent de faire des dépenses déraisonnables.

[36] Selon l’*EUA*, [TRADUCTION] « le propriétaire d’un réseau de distribution d’électricité doit établir un tarif de distribution pour recouvrer les dépenses prudentes du service de distribution d’électricité

of [its] electric distribution system”: s. 102(1). To receive approval for the distribution tariff, the owner must apply to the Commission: s. 102(2). When considering a tariff application, the Commission must ensure, *inter alia*, that the tariff is “just and reasonable” (s. 121(2)(a)), a requirement for which the burden of proof “is on the person seeking approval of the tariff” (s. 121(4)).

[37] Section 122(1) of the *EUA* provides that the Commission “must have regard for the principle that a tariff approved by it must provide the owner of an electric utility with a reasonable opportunity to recover” a series of eight types of costs and expenses:

- (a) the costs and expenses associated with capital related to the owner’s investment in the electric utility, . . .
-
- if the costs and expenses are prudent . . .
- (b) other prudent costs and expenses associated with isolated generating units, transmission, exchange or distribution of electricity . . . if, in the Commission’s opinion, they are applicable to the electric utility,
- (c) amounts that the owner is required to pay under this Act or the regulations,
- (d) the costs and expenses applicable to the electric utility that arise out of obligations incurred before the coming into force of this section and that were approved by the Public Utilities Board, the Alberta Energy and Utilities Board or other utilities’ regulatory authorities if, in the Commission’s opinion, the costs and expenses continue to be reasonable and prudently incurred,
- (e) its prudent costs and expenses of complying with the Commission rules respecting load settlement,
- (f) its prudent costs and expenses respecting the management of legal liability,
- (g) the costs and expenses associated with financial arrangements to manage financial risk associated with

assuré au moyen de son réseau » (par. 102(1)). Pour faire approuver son tarif de distribution, il doit s’adresser à la Commission (par. 102(2)). Dans l’examen de la demande, la Commission s’assure notamment que la tarification est « juste et raisonnable » (al. 121(2)(a)), et il appartient « à la personne qui sollicite l’approbation de la tarification » de le démontrer (par. 121(4)).

[37] Suivant le par. 122(1) de l’*EUA*, la Commission [TRADUCTION] « doit tenir compte du principe selon lequel le tarif qu’elle approuve doit faire en sorte que le propriétaire des installations d’électricité ait la possibilité raisonnable de recouvrer » huit types de dépenses et de charges :

[TRADUCTION]

- (a) les dépenses et les charges se rapportant au capital relatif à l’investissement du propriétaire dans le service d’électricité, . . .
-
- si elles sont prudentes . . .
- (b) d’autres dépenses et charges prudentes se rapportant à des groupes électrogènes isolés et à la transmission, à l’échange ou à la distribution d’électricité, [. . .] si la Commission estime qu’elles s’appliquent au service d’électricité,
- (c) toute somme que le propriétaire est tenu de verser en application de la présente loi ou de ses règlements,
- (d) les dépenses et les charges applicables au service d’électricité qui découlent d’obligations contractées avant l’entrée en vigueur de la présente disposition et qui ont été approuvées par un organisme de réglementation des services publics, telles la Public Utilities Board ou l’Alberta Energy and Utilities Board, si la Commission estime qu’elles continuent d’être raisonnables et faites avec prudence,
- (e) ses dépenses et ses charges prudentes nécessaires au respect des règles de la Commission relatives à l’établissement de la demande d’électricité,
- (f) ses dépenses et ses charges prudentes liées à la gestion de la responsabilité juridique,
- (g) les dépenses et les charges liées aux arrangements financiers conclus pour gérer les risques financiers

the pool price if the arrangements are, in the Commission's opinion, prudently made, and

- (h) any other prudent costs and expenses that the Commission considers appropriate, including a fair allocation of the owner's costs and expenses that relate to any or all of the owner's electric utilities.

[38] Section 122 refers to prudence in two different ways. Most frequently, the adjective "prudent" qualifies the expression "costs and expenses", which indicates that a utility enjoys a reasonable opportunity to recover costs and expenses that are prudent. Absent a definition of the word "prudent" or a clear inference that it refers to a no-hindsight rule as described in *Enbridge*, this prudence requirement is to be understood in the sense of the ordinary meaning of the word: for the listed costs and expenses to warrant a reasonable opportunity of recovery, they must be wise or sound; in other words, they must be reasonable.

[39] By contrast, certain provisions use the adverb "prudently" to qualify the utility's decision to incur costs: s. 122(1)(d) speaks of costs and expenses that are "reasonable and prudently incurred" and s. 122(1)(g) refers to costs and expenses associated with financial arrangements that were "prudently made". Though this case does not call upon this Court to evaluate the types of expenses covered by s. 122(1)(d) or (g), statutory language referring to "prudently incurred" costs appears to speak more directly to a utility's decision to incur costs at the time the decision was made. Such language may more directly implicate the no-hindsight approach urged by the ATCO Utilities in this case than language that merely speaks of "prudent costs". This issue is further complicated for costs arising under s. 122(1)(d), where costs must both "continue to be reasonable and prudently incurred". The proper interpretation of these provisions is a question best left for a case in which the issue arises.

associés au prix du réseau commun, si la Commission estime que ces arrangements ont été conclus avec prudence,

- (h) toutes autres dépenses et charges prudentes qui, selon la Commission sont appropriées, y compris une imputation juste des dépenses et des charges du propriétaire se rapportant en tout ou en partie à ses installations.

[38] L'article 122 renvoie à la notion de prudence de deux façons. Le plus souvent, le législateur utilise l'adjectif « prudentes » de pair avec « dépenses et charges », ce qui indique que le service public a une possibilité raisonnable de recouvrer les dépenses et les charges qui sont prudentes. Faute d'une définition de la notion ou d'une inférence claire selon laquelle il faut y voir l'exclusion d'une appréciation avec recul comme dans l'arrêt *Enbridge*, cette exigence de prudence doit s'interpréter selon le sens ordinaire de ce mot : pour justifier l'octroi d'une possibilité raisonnable de recouvrement, les dépenses et les charges énumérées doivent résulter d'une décision sage ou bonne; autrement dit, elles doivent être raisonnables.

[39] En revanche, dans certaines dispositions, les mots « avec prudence » sont employés de pair avec la décision du service public de faire les dépenses : l'al. 122(1)(d) parle de dépenses et de charges « raisonnables et faites avec prudence », et l'al. 122(1)(g) fait état de dépenses et de charges liées à des arrangements financiers « conclus avec prudence ». Bien que la Cour ne soit pas appelée en l'espèce à se prononcer sur les types de charges visés aux al. 122(1)(d) ou (g), la disposition législative qui fait mention de dépenses « faites avec prudence » semble se rapporter plus directement à la décision du service public de faire les dépenses au moment où cette décision a été prise. Un tel libellé peut emporter plus directement l'application du critère excluant le recul préconisé par les services publics ATCO qu'un libellé faisant simplement état de « dépenses prudentes ». L'affaire se complique encore dans le cas des dépenses visées à l'al. 122(1)(d), lesquelles doivent « continue[r] d'être raisonnables et faites avec prudence ». Il est préférable de laisser à la cour de justice qui sera un jour saisie de la question le soin de décider de la juste interprétation de ces dispositions.

[40] In their submissions, the ATCO Utilities do not parse the different contexts in which the word “prudent” is used in s. 122. They argue more generally that the references to “prudence” imply that a no-hindsight test is required, and that a utility’s costs must be presumed to be prudent.

[41] However, the different uses of “prudence” in s. 122 are instructive. If the statute requires the Commission to approve “prudently incurred” expenses, it may be unreasonable for the Commission to fail to apply a no-hindsight methodology in reviewing such expenses. However, the costs at issue in this case do not fall within the categories of costs for which the statute grants recovery of “prudently incurred” costs. The use of the adjective “prudent” to qualify “costs and expenses” elsewhere in s. 122 does not itself imply a specific methodology. Nothing in the ordinary meaning of the word “prudent” or the use of this word in the statute as a stand-alone condition says anything about the time at which prudence must be evaluated.

[42] Further, s. 121(4) of the *EUA* provides that the burden of establishing that the proposed tariffs are just and reasonable falls on the public utility. The requirement that tariffs be just and reasonable is a foundational requirement of the tariff-setting provisions of the *EUA*. Tariffs will not be just and reasonable if they do not comply with the statutory requirement of s. 122 that the costs and expenses be prudent. Thus, contrary to the ATCO Utilities’ proposed methodology, the utilities’ burden to establish that tariffs are just and reasonable necessarily imposes on the utilities the burden of establishing that costs are prudent.

[43] In sum, neither the ordinary meaning of “prudent” nor the statutory language indicate that the Commission is bound by the *EUA* to apply a no-hindsight approach to the costs at issue, nor is a presumption of prudence statutorily imposed in these circumstances.

[40] Dans leurs prétentions, les services publics ATCO n’analysent pas les différents contextes dans lesquels les termes « prudentes » et « avec prudence » sont employés à l’art. 122. Ils soutiennent de façon générale que le renvoi à la « prudence » suppose l’application d’un critère excluant le recul et qu’il faut présumer que les dépenses d’un service public sont prudentes.

[41] Cependant, à l’art. 122, les différents renvois à la notion de « prudence » sont instructifs. Si la loi exige de la Commission qu’elle approuve les dépenses « faites avec prudence », il peut se révéler déraisonnable pour la Commission de ne pas employer une méthode excluant le recul lorsqu’elle se penche sur de telles dépenses. Toutefois, les dépenses visées en l’espèce n’appartiennent pas aux catégories de dépenses dont la loi autorise le recouvrement lorsqu’elles sont « faites avec prudence ». L’emploi dans la disposition de l’adjectif « prudentes » de pair avec « dépenses » et « charges » n’emporte pas en soi l’application d’une méthode particulière. Ni le sens ordinaire du mot « prudentes », ni son emploi en tant que condition autonome dans la loi ne permettent de déterminer le moment en fonction duquel la prudence doit être appréciée.

[42] De plus, suivant le par. 121(4) de l’*EUA*, il incombe au service public de démontrer que la tarification qu’il propose est juste et raisonnable. L’établissement de tarifs justes et raisonnables constitue une exigence fondamentale des dispositions pertinentes de l’*EUA*. Les tarifs ne seront pas justes et raisonnables s’ils ne satisfont pas à l’exigence de prudence des dépenses et des charges prévue à l’art. 122. En conséquence, contrairement à ce que suppose la méthode préconisée par les services publics ATCO, l’obligation d’un service public d’établir que sa tarification est juste et raisonnable l’oblige nécessairement à démontrer que ses dépenses sont prudentes.

[43] En somme, ni le sens ordinaire du mot « prudentes », ni le texte de l’*EUA* n’indiquent que cette loi oblige la Commission à se prononcer sur les dépenses en cause sans recul; l’*EUA* n’impose pas non plus de présomption de prudence en pareilles circonstances.

(2) Prudence Under the GUA

[44] The *GUA* requires, *inter alia*, that on application by the owner of a gas utility, the Commission “fix just and reasonable” rates that “shall be imposed, observed and followed afterwards by the owner of the gas utility”: s. 36(a). Section 44(1) provides that changes in rates must be approved by the Commission, and the “burden of proof to show that the increases, changes or alterations are just and reasonable is on the owner of the gas utility seeking to make them”: s. 44(3). Further, s. 4(3) of the *RRR Regulation* provides that

[a] gas distributor is entitled to recover in its tariffs the prudent costs as determined by the Commission that are incurred by the gas distributor

[45] While the *RRR Regulation* makes a specific reference to the recovery of “prudent” costs, I do not read this prudence requirement as implying a presumption of prudence and application of a no-hindsight rule. Regarding the “no hindsight” element, the statutory provisions do not use “prudent” to describe the decision to incur the costs, but rather to describe the costs themselves. Although s. 4(3) of the *RRR Regulation* uses the term “incurred”, it is used to indicate that the provision applies to costs incurred by the utility. No temporal inference can be drawn from the use of “incurred” in this context; it is not used in a manner that calls for examination of the prudence of the decision to incur certain costs. The inquiry under s. 4(3) of the *RRR Regulation* rather asks whether the costs themselves can be said to be “prudent”. The *GUA* does not include a requirement that a no-hindsight rule must apply in assessing whether costs are prudent, nor does the text of the *GUA* or the *RRR Regulation* imply such a rule. Regarding a presumption of prudence, s. 44(3) of the *GUA* stipulates that the utility has the burden to establish that the rates are just and reasonable. Like the *EUA*, this in turn places the burden of establishing the prudence of costs on the utility.

(2) La notion de prudence suivant la GUA

[44] La *GUA* exige notamment que, à la demande du propriétaire d’installations gazières, la Commission [TRADUCTION] « fix[e] » des tarifs « justes et raisonnables » qui « seront ensuite appliqués et respectés par le propriétaire d’installations gazières » (al. 36(a)). Suivant le par. 44(1), la modification des tarifs doit être approuvée par la Commission, et « il incombe au propriétaire des installations gazières d’établir que les augmentations ou les modifications qu’il demande sont justes et raisonnables » (par. 44(3)). De plus, le par. 4(3) du *règlement RRR* prévoit :

[TRADUCTION] Un distributeur de gaz peut, au moyen de sa tarification, recouvrer les dépenses faites que la Commission juge prudentes

[45] Le *règlement RRR* mentionne certes expressément le recouvrement des dépenses « prudentes » mais, selon moi, cette exigence de prudence ne crée pas de présomption de prudence et elle n’exclut pas le recul. Pour ce qui est de l’« absence de recul », dans les dispositions législatives applicables, la « prudence » s’applique non pas à la décision de faire les dépenses, mais plutôt aux dépenses comme telles. Même si le terme « faites » est employé au par. 4(3) du *règlement RRR*, il l’est pour montrer que la disposition s’applique aux dépenses que fait le service public. Aucune inférence temporelle ne peut être tirée de l’utilisation du mot « faites » dans ce contexte; ce mot n’est pas utilisé de manière à imposer l’appréciation de la prudence de la décision de faire certaines dépenses. Le paragraphe 4(3) du *règlement RRR* exige plutôt qu’on se demande si les dépenses comme telles peuvent être tenues pour « prudentes ». La *GUA* n’exclut pas le recul dans l’appréciation du caractère prudent des dépenses, et ni le texte de la *GUA* ni celui du *règlement RRR* ne permettent de conclure à une telle exclusion. En ce qui concerne la présomption de prudence, le par. 44(3) de la *GUA* dispose que c’est au service public d’établir que ses tarifs sont justes et raisonnables. Comme le dispose également l’*EUA*, il incombe alors au service public d’établir la prudence des dépenses faites.

(3) Conclusion With Respect to Statutory Requirements of the *EUA* and *GUA*

[46] Though the statutes do contain language allowing for the recovery of “prudent” costs, the *EUA* and the *GUA* do not explicitly impose an obligation on the Commission to conduct its analysis using a particular methodology any time the word “prudent” is used. Further, reserving any opinion on whether the term “prudently incurred” might require a particular no-hindsight methodology, in this particular case the bare use of the word “prudent” does not, on its own, mandate a particular methodology.

[47] It is thus apparent that the relevant statutes may reasonably be interpreted not to impose the ATCO Utilities’ asserted prudence methodology on the Commission. The existence of a reasonable interpretation that supports the Commission’s implied understanding of its discretion is enough for the Commission’s decision to pass muster under reasonableness review: *McLean*, at paras. 40-41. Thus, the Commission is free to apply its expertise to determine whether costs are prudent (in the ordinary sense of whether they are reasonable), and it has the discretion to consider a variety of analytical tools and evidence in making that determination so long as the ultimate rates that it sets are just and reasonable to both consumers and the utility.

C. *Characterization of the Costs at Issue: Forecast or Committed*

[48] As explained in *OEB*, understanding whether the costs are committed or forecast may be helpful in reviewing the reasonableness of a regulator’s choice of methodology: para. 83. Committed costs are those costs that a utility has already spent or that were committed as a result of a binding agreement or other legal obligation that leaves the utility with no discretion as to whether to make the payment in the future: para. 82. If the costs are forecast, there is no reason to apply a no-hindsight prudence test because the utility retains discretion whether to incur the costs: para. 83. By contrast, the no-hindsight prudence test

(3) Conclusion sur les exigences de l’*EUA* et de la *GUA*

[46] Même si le libellé de leurs dispositions permet le recouvrement de dépenses « prudentes », l’*EUA* et la *GUA* n’imposent pas expressément à la Commission une méthode d’analyse donnée chaque fois que la notion de « prudence » est invoquée. De plus, bien que je n’exprime pas d’opinion sur la question de savoir si l’expression « faites avec prudence » pourrait commander l’application d’une méthode excluant le recul, le seul renvoi à la notion de « prudence » en l’espèce n’impose pas en soi de méthode particulière.

[47] Il appert donc que l’on peut raisonnablement interpréter les dispositions pertinentes de manière que la Commission ne soit pas tenue d’employer la méthode axée sur la prudence que préconisent les services publics ATCO. L’existence d’une interprétation raisonnable à l’appui de la conception que se fait tacitement la Commission de son pouvoir discrétionnaire suffit pour que la décision de la Commission résiste au contrôle de son caractère raisonnable (*McLean*, par. 40-41). La Commission peut donc s’en remettre à son expertise pour décider si les dépenses sont prudentes (au sens ordinaire de raisonnables) et tenir alors compte de divers outils d’analyse et éléments de preuve à condition, au final, que les tarifs fixés soient justes et raisonnables tant pour le consommateur que pour le service public.

C. *Qualification des dépenses en cause : prévues ou convenues*

[48] Comme je l’explique dans *CÉO*, pour se prononcer sur le caractère raisonnable de la méthode que choisit un organisme de réglementation, il peut être utile de savoir si les dépenses en cause sont prévues ou convenues (par. 83). Les dépenses convenues sont celles que le service public a déjà acquittées ou qu’il s’est engagé à acquitter en contractant une obligation, notamment dans un accord obligatoire, qui le prive de tout pouvoir discrétionnaire qui lui permettrait de ne pas acquitter la somme ultérieurement (par. 82). Lorsque les dépenses sont prévues, il n’y a aucune raison d’appliquer un critère de prudence

may be appropriate when the regulator reviews utility costs that are committed: paras. 102-5.

[49] Determining whether particular costs are committed or forecast turns on factual evidence relevant to those costs as well as on legal obligations that may govern them. Factual evidence may take the form of details regarding the structure of the utility's business, relevant conduct on the part of the utility, and the factual context in which the costs arise. Legal issues may relate to any contractual, fiduciary or regulatory obligations that grant or bar discretion on the part of the utility in incurring the costs at issue. Where the regulator has made an assessment of whether the costs are committed or forecast, that assessment is owed deference by this Court.

[50] On the basis of the evidence and the arguments before it, the Commission found that the "COLA amount ha[d] not yet been awarded for 2012 because consideration of the COLA adjustment occurs towards the end of the calendar year": *Decision 2011-391*, at para. 93. The Commission concluded that there was enough time from the date *Decision 2011-391* was published on September 27, 2011 to the end of the calendar year for the ATCO Utilities and their parent Canadian Utilities "to prospectively decide whether to separately fund any difference Canadian Utilities may choose to pay beyond the COLA level approved for regulatory purposes for 2012 onwards": *ibid.* This finding supports a characterization of the disallowed COLA costs as forecast because their disallowance left it open to Canadian Utilities to reduce the COLA that would apply to the 2012 benefit payments to 50 percent of CPI or to incur the COLA of 100 percent of CPI regardless, knowing that the differential would ultimately be borne by the utilities: *OEB*, at para. 82.

qui exclut le recul, car l'entreprise conserve un pouvoir discrétionnaire qui lui permet de faire ou non les dépenses (par. 83). En revanche, il pourrait convenir d'appliquer un tel critère lorsque l'organisme de réglementation examine des dépenses convenues (par. 102-105).

[49] Que des dépenses soient convenues ou prévues dépend de la preuve factuelle pertinente y afférente ainsi que des obligations juridiques susceptibles de les régir. La preuve factuelle peut s'entendre de précisions sur la structure des activités du service public, de certains actes du service public et des circonstances dans lesquelles les dépenses ont vu le jour. Les questions juridiques soulevées peuvent avoir trait à toute obligation contractuelle, fiduciaire ou réglementaire qui reconnaît ou non au service public un pouvoir discrétionnaire dans la décision de faire ou non les dépenses. La décision que prend l'organisme de réglementation après s'être demandé si les dépenses sont convenues ou prévues commande la déférence de la Cour.

[50] Sur le fondement de la preuve et des arguments qui lui ont été présentés, la Commission conclut qu'un [TRADUCTION] « montant correspondant à l'AACV n'a pas encore été accordé pour l'année 2012 parce que l'examen de ce poste intervient vers la fin de l'année civile » (*Décision 2011-391*, par. 93). La Commission juge qu'il s'est écoulé suffisamment de temps entre la publication de la *Décision 2011-391* le 27 septembre 2011 et la fin de l'année civile pour permettre aux services publics ATCO et à leur société mère Canadian Utilities « de décider pour l'avenir s'il y a lieu ou non de financer séparément toute différence que Canadian Utilities pouvait décider de payer au-delà de l'AACV approuvé à des fins réglementaires pour 2012 et les années suivantes » (*ibid.*). Cette conclusion étaye l'idée d'assimiler à des dépenses prévues les dépenses liées à l'AACV qui ont été refusées au motif que ce refus permet à Canadian Utilities d'abaisser à 50 p. 100 de l'IPC l'AACV applicable aux prestations versées en 2012 ou de fixer malgré tout l'AACV à 100 p. 100 de l'IPC en sachant que les services publics prendront la différence à leur charge (*CÉO*, par. 82).

[51] However, the Commission did not disallow the use of a COLA of 100 percent of CPI (up to a maximum of 3 percent) with regard to the special payments intended to address the unfunded liability and fixed by the 2009 Actuarial Report for the year 2012. The Commission did so by reasoning that any consumer overpayment that resulted in 2012 would be compensated through reduced special payments once a new report was prepared for 2013 onward.

[52] In their factum in this Court, the ATCO Utilities submitted that the COLA costs were committed in the same way as the costs fixed by binding collective agreements were in the companion *OEB* appeal. In oral argument, counsel for the ATCO Utilities explained that the pension actuary prepares an actuarial report at intervals of a maximum of three years and files it with the Superintendent of Pensions: see ss. 13 and 14 of the *Employment Pension Plans Act* (2000)⁶ and ss. 9 and 10 of the *Employment Pension Plans Regulation* (2000).⁷

[53] In this case, the 2009 Actuarial Report applied for the years 2010, 2011 and 2012. The pension actuary determined the employer's required contribution to fund projected benefits owed to beneficiaries and to address any unfunded liability in the DB plan. For each of the three years covered by the report, the actuary assumed a post retirement pension increase of 2.25 percent per year to be included in required contributions.⁸ It was argued by the ATCO Utilities that the employer is required by law to make such contributions: s. 48(3) of the

[51] Cependant, la Commission n'écarte pas l'utilisation d'un AACV correspondant à 100 p. 100 de l'IPC (au plus 3 p. 100) en ce qui concerne les paiements spéciaux destinés à combler le déficit actuariel, paiements fixés par le rapport actuariel de 2009 pour l'année 2012. Selon elle, tout paiement excédentaire de la part du consommateur en 2012 serait compensé par la réduction des paiements spéciaux dès l'établissement d'un nouveau rapport pour 2013 et les années suivantes.

[52] Dans leur mémoire, les services publics ATCO prétendent que les dépenses liées à l'AACV sont convenues tout comme celles déterminées par des conventions collectives obligatoires dans le dossier connexe *CÉO*. Dans sa plaidoirie, l'avocat des services publics ATCO explique que l'actuaire du régime de pension prépare à des intervalles d'au plus trois ans un rapport actuariel qu'il remet au surintendant des pensions (voir les art. 13 et 14 de l'*Employment Pension Plans Act* (2000)⁶ et les art. 9 et 10 de l'*Employment Pension Plans Regulation* (2000)⁷).

[53] En l'espèce, le rapport actuariel de 2009 vise les années 2010, 2011 et 2012. L'actuaire du régime détermine la cotisation que doit verser l'employeur pour financer les prestations projetées auxquelles auraient droit les bénéficiaires et combler tout déficit actuariel du régime APD. Pour chacune des trois années, l'actuaire suppose une augmentation annuelle de 2,25 p. 100 des prestations versées aux retraités⁸. Les services publics ATCO prétendent que l'employeur est légalement tenu de verser une telle cotisation (par. 48(3) de l'*Employment Pension Plans*

⁶ These provisions have since been replaced by s. 13 of the *Employment Pension Plans Act* (2012).

⁷ These provisions have since been replaced by ss. 48 and 49 of the *Employment Pension Plans Regulation* (2014).

⁸ For clarity, the 2009 Actuarial Report and the DB plan use two separate terms to describe annual pension benefit increases, though they are conceptually linked: the DB plan refers to cost of living adjustment (or COLA), while the 2009 Actuarial Report refers to "post retirement pension increases". The 2009 Actuarial Report's post retirement pension increase figure of 2.25 percent was based on the DB plan's formula for COLA and the actuarial report's assumption for inflation.

⁶ Ces dispositions ont depuis été remplacées par l'art. 13 de l'*Employment Pension Plans Act* (2012).

⁷ Ces dispositions ont depuis été remplacées par les art. 48 et 49 de l'*Employment Pension Plans Regulation* (2014).

⁸ Par souci de clarté, le rapport actuariel de 2009 et le régime APD utilisent deux termes différents, quoique liés sur le plan conceptuel, pour désigner l'augmentation annuelle des prestations versées aux retraités : le régime APD renvoie à l'ajustement au coût de la vie (AACV), alors que le rapport actuariel de 2009 parle de [TRADUCTION] « l'augmentation des prestations versées aux retraités ». L'augmentation de 2,25 p. 100 des prestations versées aux retraités prévue dans le rapport actuariel de 2009 est établie selon la formule d'AACV du régime APD et le taux d'inflation retenu dans le rapport.

Employment Pension Plans Regulation (2000).⁹ Accordingly, the ATCO Utilities submitted that once the actuarial report covering 2010, 2011 and 2012 had been filed, the amounts identified in that valuation, including a post retirement pension increase of 2.25 percent, should be understood as committed.

[54] To address this argument, a distinction must be drawn between the COLA that is used to determine the post retirement pension increases applied to employer contributions paid into the DB plan, and the COLA applied to benefit payments paid out of the plan. While the ATCO Utilities were legally bound to make contributions including a post retirement pension increase of 2.25 percent into the plan for 2012, the actual COLA paid out to beneficiaries was set by Canadian Utilities on an annual basis. The ATCO Utilities' information responses to the Commission in preparation for their 2011 pension common matters application show that the actual COLA set by Canadian Utilities for 2010 was 0 percent and for 2011 was 1.7 percent.

[55] The ATCO Utilities' argument that the costs are committed rests on the notion that if the Commission reduces the recoverable COLA to 50 percent of CPI (up to a maximum of 3 percent), they risk incurring a shortfall because the COLA recovered through rates will be less than the post retirement pension increases of 2.25 percent that they were legally obliged to contribute.

[56] However, while both the employer contributions into the DB plan and the benefit payments made to beneficiaries are subject to cost of living adjustments, the portion of *Decision 2011-391* at issue in this appeal was concerned specifically with the reasonableness of the COLA to be set by Canadian Utilities for the 2012 benefit payments. As such, the Commission's disallowance was with respect to the COLA benefits to be paid out to beneficiaries in

Regulation (2000)⁹. Ils font donc valoir que dès le dépôt du rapport actuariel visant les années 2010, 2011 et 2012, les dépenses qui y sont indiquées, y compris celles liées à l'augmentation de 2,25 p. 100 des prestations versées aux retraités, doivent être considérées comme des dépenses convenues.

[54] Pour répondre à cet argument, une distinction s'impose entre l'AACV utilisé pour décider de l'augmentation des prestations versées aux retraités, qui détermine à son tour la cotisation de l'employeur au régime APD, et l'AACV qui s'applique aux prestations payées sur le régime. Même si les services publics ATCO étaient légalement tenus de verser une cotisation comportant une augmentation de 2,25 p. 100 des prestations versées aux retraités pour 2012, l'AACV réel versé aux bénéficiaires était établi annuellement par Canadian Utilities. Les réponses fournies par les services publics ATCO aux demandes d'information de la Commission en vue de leur demande d'examen de questions communes relatives au régime de pension pour l'année 2011 indiquent que l'AACV établi par Canadian Utilities était de 0 p. 100 pour 2010 et de 1,7 p. 100 pour 2011.

[55] La thèse des services publics ATCO voulant que les dépenses soient des dépenses convenues repose sur l'idée que, si la Commission abaisse l'AACV recouvrable à 50 p. 100 de l'IPC (au plus 3 p. 100), ils risquent de subir un manque à gagner du fait que l'AACV qu'ils recouvreront grâce à la tarification sera alors inférieur à l'augmentation de 2,25 p. 100 des prestations versées aux retraités qu'ils sont légalement tenus de financer.

[56] Cependant, bien que la cotisation de l'employeur au régime APD et les prestations versées aux bénéficiaires fassent toutes deux l'objet d'ajustements au coût de la vie, la partie de la *Décision 2011-391* visée par le présent pourvoi porte précisément sur le caractère raisonnable de l'AACV que doit fixer Canadian Utilities à l'égard des prestations versées en 2012. En conséquence, le refus de la Commission vise l'AACV dû aux bénéficiaires

⁹ This provision has since been replaced by ss. 60(2)(b) and 60(3) of the *Employment Pension Plans Regulation* (2014).

⁹ Cette disposition a depuis été remplacée par l'al. 60(2)(b) et le par. 60(3) de l'*Employment Pension Plans Regulation* (2014).

2012 — not to the employer contributions into the DB plan.

[57] Contrary to the submissions of the ATCO Utilities, the facts of this case are different from those in *OEB*. In *OEB*, the utility was bound to pay certain costs by virtue of collective agreements with separate counterparties, the employee unions. In this case, the Commission found that the COLA applied to benefit payments from the DB plan was set by the ATCO Utilities' parent, Canadian Utilities, and that Canadian Utilities retained discretion over the setting of the COLA for the test period. DB plan members would ultimately receive benefits reflecting a COLA of 100 percent in 2012 only if Canadian Utilities decided to set the COLA at that level.

[58] Canadian Utilities may have exercised that discretion in such a way as to avoid saddling its regulated subsidiary with costs it knew would not be recovered. Accordingly, while the ATCO Utilities were required to make contributions reflecting a post retirement pension increase of 2.25 percent into the DB plan pursuant to the 2009 Actuarial Report, the COLA applied to benefit payments for 2012 was not committed when the Commission issued its *Decision 2011-391*. This is so because at the time *Decision 2011-391* was published, Canadian Utilities had yet to set COLA for 2012.

[59] It was not unreasonable for the Commission to decide, without applying a no-hindsight analysis, that 50 percent of CPI (up to a maximum of 3 percent) “represent[ed] a reasonable level for setting the COLA amount for the purposes of determining the pension cost amounts for regulatory purposes” in 2012: *Decision 2011-391*, at para. 92.

en 2012, non la cotisation de l'employeur au régime APD.

[57] Contrairement aux prétentions des services publics ATCO, les faits de la présente espèce diffèrent de ceux de *CÉO*, où le service public devait payer certaines dépenses en raison de conventions collectives intervenues avec des parties distinctes, les syndicats. Dans la présente affaire, la Commission conclut que l'AACV des prestations payées sur le régime APD a été établi par la société mère des services publics ATCO, Canadian Utilities et que cette dernière demeurait investie d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant de fixer le pourcentage de l'AACV pendant la période de référence. Au bout du compte, les participants au régime APD ne toucheraient en 2012 des prestations majorées d'un AACV correspondant à 100 p. 100 de l'IPC que si Canadian Utilities décidait d'un tel AACV.

[58] Canadian Utilities a pu exercer son pouvoir discrétionnaire de manière à ne pas obliger ses filiales réglementées à supporter des dépenses dont elle savait qu'elles ne seraient pas recouvrées. En conséquence, même si, selon le rapport actuariel de 2009, les services publics ATCO étaient tenus de verser au régime APD une cotisation établie en fonction d'une augmentation de 2,25 p. 100 des prestations versées aux retraités, l'AACV appliqué aux prestations versées pour 2012 ne faisait pas l'objet d'un engagement lorsque la Commission a rendu sa *Décision 2011-391*. Il en est ainsi parce que Canadian Utilities n'avait pas encore fixé l'AACV pour 2012.

[59] Il n'était pas déraisonnable que la Commission décide, sans recourir à une méthode excluant le recul, que 50 p. 100 de l'IPC (au plus 3 p. 100) [TRADUCTION] « représent[ait] un taux raisonnable d'AACV pour les besoins de la détermination de la charge de retraite à des fins réglementaires » en 2012 (*Décision 2011-391*, par. 92).

D. *Considering the Impact on Rates in Evaluating Costs*

[60] The ATCO Utilities argue that in considering the prudence of the COLA costs the Commission was preoccupied with the aim of reducing rates charged to customers.

[61] As discussed above, a key principle in Canadian regulatory law is that a regulated utility must have the opportunity to recover its operating and capital costs through rates: *OEB*, at para. 16. This requirement is reflected in the *EUA* and *GUA*, as these statutes refer to a reasonable opportunity to recover costs and expenses so long as they are prudent. A regulator must determine whether a utility's costs warrant recovery on the basis of their reasonableness — or, under the *EUA* and *GUA*, their “prudence”. Where costs are determined to be prudent, the regulator must allow the utility the opportunity to recover them through rates. The impact of increased rates on consumers cannot be used as a basis to disallow recovery of such costs.¹⁰ This is not to say that the Commission is not required to consider consumer interests. These interests are accounted for in rate regulation by limiting a utility's recovery to what it reasonably or prudently costs to efficiently provide the utility service. In other words, the regulatory body ensures that consumers only pay for what is reasonably necessary: *OEB*, at para. 20.

[62] In this case, the Commission did emphasize the effect that reducing the COLA would have on the ATCO Utilities' unfunded liability. It is also

¹⁰ Regulators may, however, take into account the impact of rates on consumers in deciding *how* a utility is to recover its costs. Sudden and significant increases in rates may, for example, justify a regulator in phasing in rate increases to avoid “rate shock”, provided the utility is compensated for the economic impact of deferring its recovery: *TransCanada Pipelines Ltd. v. National Energy Board*, 2004 FCA 149, 319 N.R. 171, at para. 43.

D. *Prise en compte de l'incidence sur la tarification dans l'appréciation de la prudence des dépenses*

[60] Les services publics ATCO font valoir que, dans son appréciation de la prudence des dépenses liées à l'AACV, le souci de la Commission était de réduire les tarifs imposés aux consommateurs.

[61] Rappelons qu'un principe clé du droit réglementaire canadien veut qu'un service public réglementé ait la possibilité de recouvrer ses dépenses d'exploitation et ses coûts en capital grâce à sa tarification (*CÉO*, par. 16). C'est ce qui ressort de l'*EUA* et de la *GUA*, lesquelles renvoient en effet à une possibilité raisonnable de recouvrer les dépenses et les charges dans la mesure où elles sont prudentes. L'organisme de réglementation doit déterminer si les dépenses du service public peuvent être recouvrées parce qu'elles sont raisonnables ou, sous le régime de l'*EUA* et de la *GUA*, parce qu'elles sont « prudentes ». Lorsque les dépenses sont jugées prudentes, l'organisme doit permettre au service public de les recouvrer grâce à sa tarification. L'incidence de l'augmentation des tarifs sur le consommateur ne saurait justifier la Commission de refuser leur recouvrement¹⁰. Cela ne signifie pas pour autant que la Commission n'a pas à prendre en considération les intérêts des consommateurs. La réglementation tarifaire les prend en considération en ne permettant que le recouvrement des dépenses raisonnables ou prudentes que le service public fait pour la prestation efficace du service. Autrement dit, l'organisme de réglementation s'assure que le consommateur ne paie pas plus que ce qui est raisonnablement nécessaire (*CÉO*, par. 20).

[62] En l'espèce, la Commission insiste sur l'incidence de la réduction de l'AACV sur le déficit actuariel des services publics ATCO. Aussi, un déficit

¹⁰ Pour déterminer la *façon* dont le service public recouvrera ses dépenses, l'organisme de réglementation peut toutefois tenir compte de l'incidence des tarifs sur le consommateur. Une augmentation tarifaire imprévue et importante peut, par exemple, justifier l'organisme de réglementation d'imposer un échelonnement afin d'éviter la « perturbation tarifaire », à condition que le service public soit indemnisé des répercussions financières du report du recouvrement de ses dépenses (*TransCanada Pipelines Ltd. c. Office national de l'énergie*, 2004 CAF 149, par. 43 (CanLII)).

true that a lower unfunded liability based on an actuarial report using a 50 percent COLA instead of 100 percent would mean a lower revenue requirement, and thus lower rates passed on to consumers. However, I do not agree with the ATCO Utilities' submission that the Commission, in considering the effect of COLA on the utilities' unfunded pension liability, was basing its disallowance on concerns about rate hikes for consumers. Regulators may not justify a disallowance of prudent costs solely because they would lead to higher rates for consumers. But that does not mean a regulator cannot give any consideration to the magnitude of a particular cost in considering whether the amount of that cost is prudent.

[63] Indeed, it seems axiomatic that any time a regulator disallows a cost, that decision will be based on a conclusion that the cost is greater than ought to be permitted, which leads to the inference that consumers would be paying too much if the cost were incorporated into rates. But that is not the same as disallowing a cost *solely* because it would increase rates for consumers. In this case, the Commission found it unreasonable for the ATCO Utilities to receive payments to cover a COLA of 100 percent while they carried a large unfunded liability on their books, in part because of evidence from comparator companies that COLA figures of less than 100 percent were common, and because of the Commission's finding that a COLA of 100 percent was not necessary to ensure that the ATCO Utilities could attract and retain employees. While this conclusion carries with it the consequence that rates will be lower as a result, the Commission reasoned from the prudence of the costs themselves, not from a desire to keep rates down, to arrive at its conclusion to disallow costs. I find nothing unreasonable in the Commission's reasoning in this regard.

actuariel moins élevé fondé sur un rapport actuariel où l'AACV correspond à 50 p. 100 plutôt qu'à 100 p. 100 de l'IPC se traduirait par des recettes nécessaires moindres et, par conséquent, des tarifs moindres pour les consommateurs. Je ne conviens toutefois pas avec les services publics ATCO que la Commission, en se souciant de l'incidence de l'AACV sur le déficit actuariel du régime de pension, fonde son refus sur la crainte d'une majoration des tarifs. Un organisme de réglementation ne peut refuser d'approuver des dépenses prudentes pour le seul motif que leur approbation entraînerait une augmentation des tarifs. Il ne s'ensuit toutefois pas qu'il ne peut aucunement tenir compte de l'ampleur d'une dépense donnée pour se prononcer sur son caractère prudent.

[63] Il paraît en effet aller de soi que chaque fois qu'il refuse d'approuver une dépense, l'organisme de réglementation le fait après avoir conclu que la dépense est supérieure à celle qui doit être autorisée, ce qui permet d'inférer que le coût pour le consommateur serait excessif si la dépense était répercutée sur les tarifs. Il ne s'agit toutefois pas de refuser d'approuver une dépense *pour le seul motif* qu'elle entraînerait une hausse tarifaire pour le consommateur. Dans la présente affaire, la Commission conclut qu'il est déraisonnable que les services publics ATCO touchent des paiements pour recouvrer un AACV correspondant à 100 p. 100 de l'IPC alors que leurs documents comptables font état d'un important déficit actuariel. La raison en est en partie que, suivant la preuve constituée de données sur des sociétés comparables, un AACV correspondant à moins de 100 p. 100 de l'IPC est fréquent et la conclusion de la Commission portant qu'un AACV correspondant à ce pourcentage n'est pas nécessaire pour permettre aux services publics ATCO de recruter du personnel et de le conserver. Même si cette conclusion tient compte d'une baisse consécutive des tarifs, la Commission se fonde sur la prudence des dépenses comme telles, non sur la volonté de faire en sorte que les tarifs demeurent peu élevés, pour conclure qu'il y a lieu de refuser d'approuver les dépenses. Je ne vois rien de déraisonnable dans le raisonnement de la Commission sur ce point.

VI. Conclusion

[64] The Commission was not statutorily bound to apply a particular methodology to the costs at issue in this case. The use of the word “prudent” in the *EUA* and *GUA* cannot by itself be read to impose upon the Commission the specific no-hindsight methodology urged by the ATCO Utilities.

[65] While there are undoubtedly situations in which a failure to apply a no-hindsight methodology may result in unjust outcomes for utilities, and thus violate the statutory requirement that rates must strike a just and reasonable balance between consumer and utility interests, the Commission did not act unreasonably in this case. The disallowed costs were forecast costs. Accordingly, it was reasonable in this case for the Commission to evaluate the ATCO Utilities’ proposed revenue requirement in light of all relevant circumstances. Further, because the Commission did not use impermissible methodology, it was not unreasonable for the Commission to direct the ATCO Utilities to reduce their pension costs incorporated into revenue requirements by restricting annual COLA to 50 percent of CPI (up to a maximum of 3 percent) for current service costs from 2012 onward and for special payments addressing the unfunded liability from 2013 onward.

[66] For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Bennett Jones, Calgary.

Solicitor for the respondent the Alberta Utilities Commission: Alberta Utilities Commission, Calgary.

VI. Conclusion

[64] La Commission n’était pas légalement tenue en l’espèce d’appliquer une méthode précise pour apprécier le caractère prudent des dépenses. On ne peut considérer que, à lui seul, l’emploi du mot « prudentes » dans l’*EUA* et la *GUA* oblige la Commission à recourir à la méthode sans recul que préconisent les services publics ATCO.

[65] Bien qu’il existe sans aucun doute des situations où l’omission d’appliquer une méthode qui exclut le recul peut conduire à des résultats injustes pour les services publics et emporter ainsi l’observation de l’obligation légale de fixer des tarifs qui établissent un équilibre juste et raisonnable entre les intérêts du consommateur et ceux du service public, la Commission n’a pas agi de manière déraisonnable. Les dépenses refusées étaient des dépenses prévues. Il était donc raisonnable que la Commission se penche sur les recettes jugées nécessaires par les services publics ATCO à la lumière de toutes les circonstances pertinentes. De plus, comme la Commission n’a pas eu recours à une méthode injustifiée, il n’était pas déraisonnable qu’elle ordonne aux services publics ATCO de réduire la charge de retraite répercutée sur les recettes nécessaires en abaissant l’AACV à 50 p. 100 de l’IPC (au plus 3 p. 100) en ce qui concerne, d’une part, le coût des prestations pour services courants à compter de 2012 et, d’autre part, les paiements spéciaux visant à combler le déficit actuariel à compter de 2013.

[66] Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelantes : Bennett Jones, Calgary.

Procureur de l’intimée Alberta Utilities Commission : Alberta Utilities Commission, Calgary.

Solicitors for the respondent the Office of the Utilities Consumer Advocate of Alberta: Reynolds, Mirth, Richards & Farmer, Edmonton; Michael Sobkin, Ottawa.

Procureurs de l'intimé Office of the Utilities Consumer Advocate of Alberta : Reynolds, Mirth, Richards & Farmer, Edmonton; Michael Sobkin, Ottawa.

Richard James Goodwin *Appellant*

v.

British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and Attorney General of British Columbia *Respondents*

- and -

British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and Attorney General of British Columbia *Appellants*

v.

Jamie Allen Chisholm *Respondent*

- and -

British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and Attorney General of British Columbia *Appellants*

v.

Scott Roberts *Respondent*

- and -

British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and Attorney General of British Columbia *Appellants*

v.

Carol Marion Beam *Respondent*

- and -

British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and Attorney General of British Columbia *Appellants*

v.

Richard James Goodwin *Appelant*

c.

Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) et procureur général de la Colombie-Britannique *Intimés*

- et -

Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) et procureur général de la Colombie-Britannique *Appellants*

c.

Jamie Allen Chisholm *Intimé*

- et -

Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) et procureur général de la Colombie-Britannique *Appellants*

c.

Scott Roberts *Intimé*

- et -

Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) et procureur général de la Colombie-Britannique *Appellants*

c.

Carol Marion Beam *Intimée*

- et -

Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) et procureur général de la Colombie-Britannique *Appellants*

c.

Richard James Goodwin *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Ontario,
Attorney General of Quebec,
Attorney General of Manitoba,
Attorney General for Saskatchewan,
Attorney General of Alberta,
British Columbia Civil Liberties Association,
Insurance Bureau of Canada,
Criminal Trial Lawyers’
Association (Alberta), Criminal Defence
Lawyers Association (Calgary),
Criminal Lawyers’ Association of Ontario,
Alberta Registrar of Motor Vehicle
Services and Mothers Against Drunk
Driving Canada** *Interveners*

**INDEXED AS: GOODWIN v. BRITISH COLUMBIA
(SUPERINTENDENT OF MOTOR VEHICLES)**

2015 SCC 46

File No.: 35864.

2015: May 19; 2015: October 16.

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

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

Constitutional law — Division of powers — Criminal law — Property and civil rights — Highways — Impaired driving — Provincial legislation creating automatic licence suspensions, penalties and remedial programs following roadside analysis using approved screening device — Whether automatic roadside prohibition scheme ultra vires the province as being exclusively within federal government’s criminal law power — Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(13) — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318.

Richard James Goodwin *Intimé*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général de l’Ontario,
procureure générale du Québec,
procureur général du Manitoba,
procureur général de la Saskatchewan,
procureur général de l’Alberta,
Association des libertés civiles
de la Colombie-Britannique,
Bureau d’assurance du Canada,
Criminal Trial Lawyers’
Association (Alberta), Criminal Defence
Lawyers Association (Calgary),
Criminal Lawyers’ Association of Ontario,
Alberta Registrar of Motor Vehicle
Services et Les mères contre l’alcool au
volant Canada** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : GOODWIN c. COLOMBIE-BRITANNIQUE
(SUPERINTENDENT OF MOTOR VEHICLES)**

2015 CSC 46

N° du greffe : 35864.

2015 : 19 mai; 2015 : 16 octobre.

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

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

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Droit criminel — Propriété et droits civils — Voies publiques — Conduite avec facultés affaiblies — Loi provinciale prévoyant des suspensions automatiques du permis de conduire, des sanctions et des programmes correctifs à la suite d’une analyse faite lors d’un contrôle routier à l’aide d’un appareil de détection approuvé — Le régime d’interdiction automatique de conduire outre-passe-t-il la compétence de la province parce qu’il relève exclusivement de la compétence du gouvernement fédéral en matière de droit criminel? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(13) — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318.

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Search and seizure — Impaired driving — Provincial legislation creating automatic licence suspensions, penalties and remedial programs following roadside analysis using approved screening device — Whether automatic roadside prohibition regime creates an offence within meaning of s. 11 of Charter and infringes the presumption of innocence — Whether automatic roadside prohibition scheme infringes right to be secure against unreasonable search or seizure — If so, whether infringement can be justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8, 11(d) — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318.

In 2010, British Columbia created the Automatic Roadside Prohibition (ARP) scheme. It marked a continuation of British Columbia’s longstanding efforts to remove impaired drivers from the province’s roads through the use of licence suspensions, penalties and remedial programs. The scheme calls for roadside analysis of drivers’ breath samples using an approved screening device (ASD). A “fail” reading and a driver’s refusal or failure to provide a sample both result in a 90-day licence suspension. A “warn” reading results in a shorter suspension of between 3 and 30 days. There is a process for review of suspensions, but it only permits the Superintendent of Motor Vehicles to consider whether the applicant was a “driver” and whether the ASD registered a “fail”, “warn”, or the driver refused to provide a sample.

These appeals ask whether the ARP scheme oversteps the bounds of provincial legislative competence and invades the federal government’s exclusive jurisdiction over criminal law. They also ask whether the provincial regime engages and ultimately infringes two *Charter* rights: the protection against unreasonable search and seizure found in s. 8, and the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d). The chambers judge found that the ARP scheme is *intra vires* the province and that s. 11(d) of the *Charter* is not engaged. However, he concluded that the ARP scheme violates s. 8 when the screening device registers a “fail”, though not when a driver refuses to provide a breath sample. His decision was upheld on appeal.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d’innocence — Fouilles, perquisitions et saisies — Conduite avec facultés affaiblies — Loi provinciale prévoyant des suspensions automatiques du permis de conduire, des sanctions et des programmes correctifs à la suite d’une analyse faite lors d’un contrôle routier à l’aide d’un appareil de détection approuvé — Le régime d’interdiction automatique de conduire crée-t-il une infraction visée par l’art. 11 de la Charte et porte-t-il atteinte à la présomption d’innocence? — Le régime d’interdiction automatique de conduire porte-t-il atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives? — Dans l’affirmative, cette atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8, 11d) — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318.

En 2010, la Colombie-Britannique a créé le régime d’interdiction automatique de conduire (RIAC). Ce régime représente le prolongement des efforts déployés depuis longtemps par la Colombie-Britannique pour chasser les conducteurs aux facultés affaiblies de ses routes par l’imposition de suspensions de permis, de sanctions et de programmes correctifs. Selon le régime, il faut analyser les échantillons d’haleine des conducteurs lors d’un contrôle routier au moyen d’un appareil de détection approuvé (ADA). Le résultat « échec » ainsi que le refus ou l’omission du conducteur de fournir un échantillon entraînent tous deux une suspension du permis de 90 jours. Le résultat « avertissement » se traduit par une suspension plus courte de 3 à 30 jours. Il existe une procédure de contrôle des suspensions, mais elle permet seulement au Superintendent of Motor Vehicles (« Surintendant ») de décider si le demandeur était un « conducteur » et si l’ADA a affiché le résultat « échec » ou « avertissement », ou si le demandeur a refusé de fournir un échantillon.

Il s’agit en l’espèce de décider si le RIAC excède la compétence législative de la province et empiète sur la compétence exclusive du gouvernement fédéral en matière de droit criminel. Il s’agit également de déterminer si le régime provincial fait intervenir et porte atteinte en fin de compte à deux droits garantis par la *Charte* : la protection offerte par l’art. 8 contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives ainsi que la présomption d’innocence garantie par l’al. 11d). Selon le juge en chambre, le RIAC relève de la province et l’al. 11d) de la *Charte* ne s’applique pas. Il a toutefois conclu que le RIAC viole l’art. 8 lorsque l’appareil de détection affiche le résultat « échec », mais non lorsque le conducteur refuse de fournir un échantillon d’haleine. Sa décision a été confirmée en appel.

Held (McLachlin C.J. dissenting in part): The appeals should be dismissed.

Per Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Côté JJ.: The province's purpose in enacting the ARP scheme was not to oust the criminal law, but rather to prevent death and serious injury on public roads by removing drunk drivers and deterring impaired driving. The pith and substance of the ARP scheme is the licensing of drivers, the enhancement of traffic safety and the deterrence of persons from driving while impaired by alcohol. Provinces have an important role in ensuring highway safety, which includes regulating who is able to drive and removing dangerous drivers from the roads. Provincial drunk driving programs and the criminal law will often be interrelated. A provincial statute will not invade the federal power over criminal law merely because its purpose is to target conduct that is also captured by the *Criminal Code*. Deterrence can be a purpose of provincial law. There can be no doubt that the matter falls within the provincial power over property and civil rights in the province. Thus, from a division of powers standpoint, the legislation is valid.

The ARP scheme does not create an "offence" within the meaning of s. 11(d) of the *Charter*. The scheme is not concerned with addressing harm done to society in a public forum; instead, its focus is on the regulation of drivers and licensing, and the maintenance of highway safety. Although it has a relationship with the criminal law, in the sense that it relies on *Criminal Code* seizure powers and is administered by police, the scheme is more accurately characterized as a proceeding of an administrative nature. Furthermore, the ARP scheme does not impose true penal consequences. While a 90-day suspension is a meaningful consequence for a licensing violation, and the approximately \$4,000 in possible costs and penalties are significant, they are not sufficient to engage the fair-trial rights embodied by s. 11. The driving prohibition relates directly to the regulatory terms and conditions under which a person may be licensed to drive. The protections of s. 11 are not engaged in this case.

The demand to breathe into an ASD constitutes a seizure that infringes on an individual's reasonable expectation of privacy and engages the protection of s. 8 of the *Charter*. Although the province relies on the *Criminal Code* to authorize the breath demand, the purpose and consequences of the seizure are established in the ARP

Arrêt (la juge en chef McLachlin est dissidente en partie) : Les pourvois sont rejetés.

Les juges Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Côté : La province, en instaurant le RIAC, avait pour objectif non pas d'écartier le droit criminel, mais plutôt d'empêcher les décès et les blessures graves sur les chemins publics en chassant les conducteurs en état d'ébriété et en décourageant la conduite avec facultés affaiblies. Le RIAC, de par son caractère véritable, vise à délivrer des permis de conduire, à renforcer la sécurité routière et à dissuader les gens de conduire avec les facultés affaiblies par l'alcool. Les provinces jouent un rôle important quand elles assurent la sécurité routière, notamment en décidant qui est en mesure de conduire et en chassant les conducteurs dangereux des routes. Les programmes provinciaux de lutte contre la conduite en état d'ébriété et le droit criminel sont souvent interreliés. Une loi provinciale n'empiète pas sur la compétence fédérale en matière de droit criminel du seul fait qu'elle a pour objet de cibler une conduite qui est également visée par le *Code criminel*. La dissuasion peut être un objectif du droit provincial. Il ne fait aucun doute que la matière relève de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils dans la province. La loi est donc valide du point de vue du partage des compétences.

Le RIAC ne crée pas une infraction visée par l'al. 11d) de la *Charte*. Il ne vise pas à réparer en audience publique le tort causé à la société; il vise plutôt à encadrer les conducteurs et la délivrance de permis et à assurer la sécurité routière. Même si le régime a un lien avec le droit criminel, en ce sens qu'il dépend des pouvoirs de saisie prévus par le *Code criminel* et est appliqué par la police, il est plus exact de le qualifier de procédure de nature administrative. De plus, le RIAC n'impose pas de véritables conséquences pénales. Bien qu'une suspension de 90 jours représente une conséquence importante pour quiconque viole un régime de permis, et que l'imposition potentielle d'environ 4 000 \$ en frais et sanctions soit sévère, ces conséquences ne sont pas suffisantes pour mettre en jeu les droits à un procès équitable consacrés à l'art. 11. L'interdiction de conduire se rapporte directement aux modalités et conditions réglementaires selon lesquelles une personne peut être autorisée à conduire. Les mesures de protection de l'art. 11 n'entrent pas en jeu en l'espèce.

La demande de souffler dans un ADA constitue une saisie qui porte atteinte à l'attente raisonnable d'une personne en matière de vie privée et fait intervenir la protection offerte par l'art. 8 de la *Charte*. Bien que la province se fonde sur le *Code criminel* pour autoriser la demande d'échantillon d'haleine, l'objet et les conséquences de la

scheme, in the *Motor Vehicle Act*. It is the ARP scheme that authorizes the seizure of the breath sample, and is thus subject to *Charter* scrutiny on this basis. The breath demand is a critical component of the province's efforts to protect British Columbians from death and serious injuries caused by impaired drivers. This compelling purpose weighs heavily in favour of the reasonableness of the breath seizure. Driving on highways is, of course, a highly regulated activity, and drivers expect that the rules of the road will be enforced. This reality, combined with the scheme's location within a broader regulatory framework targeting driving and highway safety, supports characterizing the regime as regulatory and applying a more flexible standard in assessing its reasonableness. However, while the breath seizure occurs for a regulatory purpose, it nonetheless has certain criminal-like features, such as its administration by a police officer pursuant to *Criminal Code* authorization. The consequences that follow a "fail" reading or the failure to provide a sample are not criminal, but they are immediate and serious, and arise without a further test using a more reliable breathalyser. In this case, the mechanism for determining whether a driver's blood alcohol concentration exceeds the relevant limits is a roadside test using an ASD. The chambers judge found that in some circumstances there can be serious issues concerning whether an ASD accurately reflects blood-alcohol readings. The use of an ASD to obtain a breath sample raises concerns that undermine the reasonableness of the seizure, specifically regarding the reliability of the test results.

The scope and availability of review is part of the analysis under s. 8. A driver's ability to challenge the accuracy of the ASD result is critical to the reasonableness of the ARP regime. Here, the process for review of the ARP suspensions only permits the Superintendent of Motor Vehicles to consider whether the applicant was a "driver" and whether the ASD registered a "fail", "warn", or the driver refused to provide a sample. The absence of meaningful review of the accuracy of the result of the seizure, in light of the unreliability of the test, raises concerns about the reasonableness of the ARP scheme. Absent such review, a driver could find herself facing serious administrative sanctions without the precondition for the sanctions being met, and without any mechanism for redress. The serious consequences of a driver registering a "fail", combined with an inability to challenge the basis on which these

saisie sont établis dans le RIAC, dans la *Motor Vehicle Act*. C'est le RIAC qui autorise la saisie de l'échantillon d'haleine, et il est donc assujéti à l'examen fondé sur la *Charte* pour ce motif. La demande d'échantillon d'haleine est un élément crucial des efforts déployés par la province pour empêcher que les Britanno-Colombiens soient tués ou gravement blessés par les conducteurs aux facultés affaiblies. Cet objet impérieux milite fortement en faveur du caractère raisonnable de la saisie d'un échantillon d'haleine. Bien entendu, la conduite automobile sur une voie publique est une activité très réglementée, et les conducteurs s'attendent à ce que le code de la route soit appliqué. Cette réalité, conjuguée au fait que le régime s'inscrit dans un cadre réglementaire plus large visant la conduite et la sécurité routière, permet de qualifier le régime de réglementaire et d'appliquer une norme plus souple pour en apprécier le caractère raisonnable. Cependant, bien que la saisie d'un échantillon d'haleine se fasse à des fins réglementaires, elle possède néanmoins des caractéristiques qui s'apparentent au droit criminel, comme le fait qu'elle soit administrée par un policier conformément à une autorisation accordée par le *Code criminel*. Si les conséquences du résultat « échec » ou du défaut de fournir un échantillon d'haleine ne sont pas criminelles, elles sont néanmoins immédiates et graves et surviennent sans qu'une autre analyse ne soit effectuée au moyen d'un alcootest plus fiable. En l'espèce, pour déterminer si l'alcoolémie d'un conducteur dépasse la limite permise, on administre un alcootest au moyen d'un ADA. Le juge en chambre a conclu que, dans certains cas, il peut y avoir de sérieux doutes quant à savoir si un ADA indique avec exactitude les mesures d'alcoolémie. L'utilisation d'un ADA pour obtenir un échantillon d'haleine soulève des préoccupations qui minent le caractère raisonnable de la saisie, plus particulièrement quant à la fiabilité des résultats d'analyse.

L'étendue du contrôle et la possibilité d'y recourir font partie de l'analyse fondée sur l'art. 8. La possibilité pour le conducteur de contester l'exactitude du résultat de l'ADA est essentielle au caractère raisonnable du RIAC. En l'espèce, la procédure de contrôle des suspensions imposées en application du RIAC permet seulement au Surintendant de décider si le demandeur était un « conducteur » et si l'ADA a affiché le résultat « échec » ou « avertissement », ou si le demandeur a refusé de fournir un échantillon. L'absence d'un contrôle valable de l'exactitude du résultat de la saisie, vu la non-fiabilité du test, suscite des doutes concernant le caractère raisonnable du RIAC. En l'absence d'un tel contrôle, le conducteur pourrait se voir imposer de graves sanctions administratives sans que les conditions préalables à l'imposition des sanctions ne soient réunies et sans qu'il ne puisse bénéficier d'un mécanisme pour

consequences are imposed, render the ARP scheme unreasonable.

The objective of the scheme, reducing death and injury caused by impaired driving, is pressing and substantial, and the automatic prohibitions are rationally connected to that objective. However, the ARP scheme does not minimally impair the right of a driver to be free of unreasonable search and seizure. Subsequent amendments to the ARP scheme enhancing the scope for review of roadside screenings and prohibitions demonstrate that there are less impairing measures that can feasibly be put into place without undermining the province's objective. Therefore, the "fail" branch of the ARP scheme is not saved under s. 1. There is no need to determine whether the same result follows where the "warn" scheme is concerned.

Per McLachlin C.J. (dissenting in part): There is agreement with the majority on the constitutional issue and on the s. 11(d) of the *Charter* issue, but not on the s. 8 issue. The province's roadside suspension scheme does not violate the constitutional requirement that searches and seizures be reasonable. The provincial scheme in this case relies on the *Criminal Code* provisions that allow a police officer to compel a driver to give a sample of his breath. This is clearly a seizure of a bodily substance, which means that it must not be unreasonable under s. 8 of the *Charter*. To determine whether a search or seizure is reasonable, the court should examine three requirements: (1) the state has an important purpose grounded in the broader public interest for doing the search and/or seizure; (2) the intrusion goes no further than reasonably necessary to achieve the state purpose; and (3) the intrusion is subject to judicial supervision to guard against abusive state action. Whether a search or seizure is reasonable is sometimes determined by asking whether the state action represents an appropriate balance between the state purpose and the individual's privacy interest. However, to view the s. 8 analysis simply as a matter of balancing the state interest against the individual's privacy interest may fail to capture what is required to establish that a search or seizure is reasonable. Even where the state purpose is of great importance, the state must not intrude upon the individual's protected sphere more than reasonably justified by that purpose, nor do so in a way that lacks appropriate safeguards capable of judicial review. As for the privacy interest, it should be understood in the sense of what falls within the private sphere of the individual within which

obtenir réparation. Les graves conséquences subies par le conducteur qui échoue au test, conjuguées à l'impossibilité pour lui de contester le motif pour lequel ces conséquences sont imposées, rendent le RIAC abusif.

L'objectif du régime — réduire le nombre de décès et de blessures causés par la conduite avec facultés affaiblies — est urgent et réel, et il existe un lien rationnel entre les interdictions automatiques de conduire et cet objectif. Cependant, le RIAC ne porte pas atteinte de façon minimale au droit du conducteur d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Les modifications apportées subséquemment au RIAC pour élargir le contrôle des analyses et des interdictions survenues à l'occasion de contrôles routiers démontrent que des mesures moins attentatoires peuvent facilement être mises en place sans nuire à l'objectif de la province. Par conséquent, le volet « échec » du RIAC n'est pas sauvegardé par l'article premier. Point n'est besoin de décider si le volet « avertissement » du régime mène au même résultat.

La juge en chef McLachlin (dissidente en partie) : Il y a accord avec les juges majoritaires sur la question constitutionnelle et celle relative à l'al. 11d) de la *Charte*, mais non sur l'art. 8. Le régime provincial de suspension imposée lors d'un contrôle routier n'enfreint pas l'exigence constitutionnelle que les fouilles, perquisitions et saisies ne soient pas abusives. Le régime provincial en l'espèce s'en remet aux dispositions du *Code criminel* qui permettent à un policier de contraindre un conducteur à donner un échantillon d'haleine. Il s'agit là clairement de la saisie d'un échantillon d'une substance corporelle, ce qui signifie qu'elle ne doit pas être abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Pour décider si une fouille, perquisition ou saisie est raisonnable, le tribunal doit examiner trois conditions : (1) l'État procède à la fouille, à la perquisition ou à la saisie pour réaliser un objectif important qui se fonde sur l'intérêt public général; (2) l'atteinte ne va pas au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre l'objectif de l'État; (3) l'atteinte est soumise à la surveillance judiciaire pour empêcher que l'État se livre à des abus. Pour décider si une fouille, perquisition ou saisie est raisonnable, on se demande parfois si l'acte de l'État représente un juste équilibre entre l'objectif de l'État et le droit de l'individu à la protection de sa vie privée. Toutefois, considérer l'analyse fondée sur l'art. 8 comme une simple mise en balance de l'intérêt de l'État et du droit de l'individu à la vie privée ne permet pas toujours de prendre en compte ce qu'il faut pour établir qu'une fouille, perquisition ou saisie est raisonnable. Même lorsque l'objectif de l'État revêt une grande importance, l'État ne doit pas empiéter dans la sphère protégée de l'individu davantage

the individual reasonably expects to be free from state intrusion absent a higher state purpose and legal safeguards.

All three requirements of a reasonable search and seizure are met in this case. First, the state's purpose — to prevent death and serious injury on the highway from impaired driving — is important and capable of justifying intrusion into the private sphere of the individual's bodily substances. Second, the seizure does not go further than reasonably necessary to achieve the state purpose. The regime here is regulatory and not criminal and the activity of driving on highways is highly regulated and common in road enforcement. The third requirement — the availability of judicial supervision — presents the greatest difficulty, however, the driver can request a second test on a different device at the roadside. Further, the driver may apply to have a suspension reviewed by the Superintendent of Motor Vehicles and present statements and evidence in support of the application. The Superintendent's decision is also subject to judicial supervision by way of judicial review. The administrative nature of the scheme and the nature of the driver's interests at play justify the administrative nature of the review, as do the less stringent provisions to ensure accuracy of the sample. In this case, the review provisions of the roadside suspension scheme offer reasonable protection against abusive exercise of the state power to intrude on the individual's private sphere, having regard to the nature of the scheme and the privacy interests at stake.

Cases Cited

By Karakatsanis J.

Applied: *Martineau v. M.N.R.*, 2004 SCC 81, [2004] 3 S.C.R. 737; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; **referred to:** *Sivia v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2014 BCCA 79, 55 B.C.L.R. (5th) 1; *Buhlers v. Superintendent of Motor Vehicles (B.C.)*, 1999 BCCA 0114, 119 B.C.A.C. 207; *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] S.C.R. 396; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Quebec (Attorney*

que ne le justifie raisonnablement cet objectif, ni le faire en l'absence de garanties appropriées susceptibles de donner lieu à un contrôle judiciaire. Pour ce qui est du droit à la vie privée, il doit s'entendre au sens de ce qui appartient à la sphère privée de l'individu dans laquelle ce dernier s'attend raisonnablement à être à l'abri de l'intrusion de l'État en l'absence d'un objectif supérieur de celui-ci et de garanties juridiques.

Les trois conditions d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie raisonnable sont toutes réunies en l'espèce. Tout d'abord, l'objectif de l'État — prévenir les décès et les blessures graves imputables à la conduite avec facultés affaiblies — est important et susceptible de justifier l'intrusion dans la sphère privée des substances corporelles de l'individu. Ensuite, la saisie ne va pas au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre l'objectif de l'État. Le régime en l'espèce est de nature réglementaire, non criminelle. De plus, la conduite sur les routes est fortement réglementée et occupe une grande place dans l'application des règles de sécurité routière. La troisième condition — la possibilité de recourir à la surveillance judiciaire — est la plus problématique, mais le conducteur peut demander qu'un deuxième test soit effectué à l'aide d'un autre appareil lors du contrôle routier. Il peut aussi demander que le Surintendant révisé une suspension et présenter des déclarations et autres éléments de preuve à l'appui de sa demande. La décision du Surintendant peut être soumise à la surveillance des tribunaux par voie de contrôle judiciaire. Le caractère administratif du régime ainsi que la nature des droits du conducteur en jeu justifient la nature administrative du contrôle, tout comme les dispositions moins strictes visant à assurer l'exactitude de l'échantillon. Dans la présente affaire, les dispositions du régime de suspension en matière de révision offrent une protection raisonnable contre l'exercice abusif du pouvoir de l'État d'empiéter dans la sphère privée de l'individu, eu égard à la nature du régime et aux droits à la vie privée en jeu.

Jurisprudence

Citée par le juge Karakatsanis

Arrêts appliqués : *Martineau c. M.R.N.*, 2004 CSC 81, [2004] 3 R.C.S. 737; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; **arrêts mentionnés :** *Sivia c. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2014 BCCA 79, 55 B.C.L.R. (5th) 1; *Buhlers c. Superintendent of Motor Vehicles (B.C.)*, 1999 BCCA 0114, 119 B.C.A.C. 207; *Provincial Secretary of Prince Edward Island c. Egan*, [1941] R.C.S. 396; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S.

General) v. *Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837; *Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, 2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453; *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297; *Ward v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569; *Chatterjee v. Ontario (Attorney General)*, 2009 SCC 19, [2009] 1 S.C.R. 624; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190; *Validity of Section 92(4) of The Vehicles Act, 1957 (Sask.)*, [1958] S.C.R. 608; *O'Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804; *Ross v. Registrar of Motor Vehicles*, [1975] 1 S.C.R. 5; *Gonzalez v. Driver Control Board (Alta.)*, 2003 ABCA 256, 330 A.R. 262; *Horsefield v. Ontario (Registrar of Motor Vehicles)* (1999), 44 O.R. (3d) 73; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *Rowan v. Ontario Securities Commission*, 2012 ONCA 208, 110 O.R. (3d) 492; *Canada (Attorney General) v. United States Steel Corp.*, 2011 FCA 176, 333 D.L.R. (4th) 1; *Lavallee v. Alberta Securities Commission*, 2010 ABCA 48, 474 A.R. 295; *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *Del Zotto v. Canada*, [1997] 3 F.C. 40, rev'd [1999] 1 S.C.R. 3; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3; *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757; *R. v. Lindsay* (1999), 134 C.C.C. (3d) 159; *R. v. Butchko*, 2004 SKCA 159, [2005] 11 W.W.R. 95; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. S.A.B.*, 2003 SCC 60, [2003] 2 S.C.R. 678; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Chehil*, 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220; *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Tse*, 2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3; *Ford v.* 463; *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837; *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453; *Renvoi relatif à l'Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297; *Ward c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569; *Chatterjee c. Ontario (Procureur général)*, 2009 CSC 19, [2009] 1 R.C.S. 624; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190; *Validity of Section 92(4) of The Vehicles Act, 1957 (Sask.)*, [1958] R.C.S. 608; *O'Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804; *Ross c. Registraire des véhicules automobiles*, [1975] 1 R.C.S. 5; *Gonzalez c. Driver Control Board (Alta.)*, 2003 ABCA 256, 330 A.R. 262; *Horsefield c. Ontario (Registrar of Motor Vehicles)* (1999), 44 O.R. (3d) 73; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *Rowan c. Ontario Securities Commission*, 2012 ONCA 208, 110 O.R. (3d) 492; *United States Steel Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 176; *Lavallee c. Alberta Securities Commission*, 2010 ABCA 48, 474 A.R. 295; *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *Del Zotto c. Canada*, [1997] 3 C.F. 40, inf. par [1999] 1 R.C.S. 3; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757; *R. c. Lindsay* (1999), 134 C.C.C. (3d) 159; *R. c. Butchko*, 2004 SKCA 159, [2005] 11 W.W.R. 95; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. S.A.B.*, 2003 CSC 60, [2003] 2 R.C.S. 678; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220; *R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Tse*, 2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531; *R. c. Nur*, 2015 CSC

Quebec (Attorney General), [1988] 2 S.C.R. 712; *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315.

By McLachlin C.J. (dissenting in part)

R. v. Tessling, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3; *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621; *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679; *Wilson v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 47, [2015] 3 S.C.R. 300; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 10(b), 11, 24(2).
Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 254(2), (3).
Highway Safety Code, CQLR, c. C-24.2, ss. 202.4 et seq.
Highway Traffic Act, R.S.P.E.I. 1988, c. H-5, ss. 277.2 et seq.
Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318, ss. 94.1 to 94.6, 94.2(1), 215.41(3), (6), 215.42, 215.43(1), (2), (3), 215.46(2), 215.47, 215.48, 215.49, 215.5, 262, 263.
Motor Vehicle Act Regulations, B.C. Reg. 26/58, s. 43.09.
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, rr. 2 “authorities”, 36(2)(a)(i).

Authors Cited

British Columbia. Legislative Assembly. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 16, No. 1, 2nd Sess., 39th Parl., April 27, 2010, p. 4871.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Toronto: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2014, release 1).

15, [2015] 1 R.C.S. 773; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315.

Citée par la juge en chef McLachlin (dissidente en partie)

R. c. Tessling, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621; *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679; *Wilson c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 47, [2015] 3 R.C.S. 300; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 10b), 11, 24(2).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 254(2), (3).
Code de la sécurité routière, RLRQ, c. C-24.2, art. 202.4 et suiv.
Highway Traffic Act, R.S.P.E.I. 1988, c. H-5, art. 277.2 et suiv.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92.
Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318, art. 94.1 à 94.6, 94.2(1), 215.41(3), (6), 215.42, 215.43(1), (2), (3), 215.46(2), 215.47, 215.48, 215.49, 215.5, 262, 263.
Motor Vehicle Act Regulations, B.C. Reg. 26/58, art. 43.09.
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, règles 2 « sources », 36(2)(a)(i).

Doctrine et autres documents cités

Colombie-Britannique. Assemblée législative. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 16, No. 1, 2nd Sess., 39th Parl., April 27, 2010, p. 4871.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Toronto: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2014, release 1).

Pitel, Stephen, and Robert Solomon. “Estimating the Number and Cost of Impairment-Related Traffic Crashes in Canada: 1999 to 2010”, MADD Canada, April 2013 (online: http://www.madd.ca/media/docs/estimating_presence.pdf).

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Ryan, Hinkson and MacKenzie J.J.A.), 2014 BCCA 79, 55 B.C.L.R. (5th) 1, 370 D.L.R. (4th) 609, 302 C.R.R. (2d) 1, 307 C.C.C. (3d) 77, 352 B.C.A.C. 86, 601 W.A.C. 86, [2014] 6 W.W.R. 1, 64 M.V.R. (6th) 7, [2014] B.C.J. No. 346 (QL), 2014 CarswellBC 488 (WL Can.), affirming the decisions of Sigurdson J., 2011 BCSC 1639, 27 B.C.L.R. (5th) 229, 247 C.R.R. (2d) 226, 282 C.C.C. (3d) 145, 92 C.R. (6th) 122, [2012] 5 W.W.R. 297, 23 M.V.R. (6th) 185, [2011] B.C.J. No. 2282 (QL), 2011 CarswellBC 3225 (WL Can.); 2011 BCSC 1783, 27 B.C.L.R. (5th) 326, 249 C.R.R. (2d) 368, [2012] 4 W.W.R. 506, 23 M.V.R. (6th) 282, [2011] B.C.J. No. 2484 (QL), 2011 CarswellBC 3493 (WL Can.); and 2012 BCSC 1030, 36 B.C.L.R. (5th) 360, 353 D.L.R. (4th) 351, 266 C.R.R. (2d) 82, 289 C.C.C. (3d) 476, [2013] 1 W.W.R. 176, 36 M.V.R. (6th) 235, [2012] B.C.J. No. 1438 (QL), 2012 CarswellBC 2056 (WL Can.); and affirming a decision of Dley J., B.C.S.C., Victoria, No. 12-1095, May 25, 2012. Appeals dismissed, McLachlin C.J. dissenting in part.

Howard A. Mickelson, Q.C., and Shea H. Coulson, for the appellant/respondent Richard James Goodwin.

Nathaniel Carnegie, Leah Greathead and Tyna Mason, for the appellants/respondents British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and the Attorney General of British Columbia.

Shea H. Coulson, Diego A. Solimano and Sacha L. I. Roudette, for the respondents Jamie Allen Chisholm, Scott Roberts and Carol Marion Beam.

Written submissions only by *Christine Mohr* and *Diba Majzub*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Pitel, Stephen, et Robert Solomon. « Conduite avec facultés affaiblies – Estimation du nombre de collisions et des coûts afférents, 1999 à 2010 », MADD Canada, avril 2013 (en ligne : http://www.madd.ca/media/docs/estimation_du_nombres.pdf).

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Ryan, Hinkson et MacKenzie), 2014 BCCA 79, 55 B.C.L.R. (5th) 1, 370 D.L.R. (4th) 609, 302 C.R.R. (2d) 1, 307 C.C.C. (3d) 77, 352 B.C.A.C. 86, 601 W.A.C. 86, [2014] 6 W.W.R. 1, 64 M.V.R. (6th) 7, [2014] B.C.J. No. 346 (QL), 2014 CarswellBC 488 (WL Can.), qui a confirmé les décisions du juge Sigurdson, 2011 BCSC 1639, 27 B.C.L.R. (5th) 229, 247 C.R.R. (2d) 226, 282 C.C.C. (3d) 145, 92 C.R. (6th) 122, [2012] 5 W.W.R. 297, 23 M.V.R. (6th) 185, [2011] B.C.J. No. 2282 (QL), 2011 CarswellBC 3225 (WL Can.); 2011 BCSC 1783, 27 B.C.L.R. (5th) 326, 249 C.R.R. (2d) 368, [2012] 4 W.W.R. 506, 23 M.V.R. (6th) 282, [2011] B.C.J. No. 2484 (QL), 2011 CarswellBC 3493 (WL Can.); et 2012 BCSC 1030, 36 B.C.L.R. (5th) 360, 353 D.L.R. (4th) 351, 266 C.R.R. (2d) 82, 289 C.C.C. (3d) 476, [2013] 1 W.W.R. 176, 36 M.V.R. (6th) 235, [2012] B.C.J. No. 1438 (QL), 2012 CarswellBC 2056 (WL Can.); et qui a confirmé une décision du juge Dley, C.S.C.-B., Victoria, n° 12-1095, 25 mai 2012. Pourvois rejetés, la juge en chef McLachlin est dissidente en partie.

Howard A. Mickelson, c.r., et Shea H. Coulson, pour l’appelant/intimé Richard James Goodwin.

Nathaniel Carnegie, Leah Greathead et Tyna Mason, pour les appellants/intimés Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) et le procureur général de la Colombie-Britannique.

Shea H. Coulson, Diego A. Solimano et Sacha L. I. Roudette, pour les intimés Jamie Allen Chisholm, Scott Roberts et Carol Marion Beam.

Argumentation écrite seulement par *Christine Mohr* et *Diba Majzub*, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Written submissions only by *S. Zachary Green*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Argumentation écrite seulement par *S. Zachary Green*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Written submissions only by *Brigitte Bussières, Alain Gingras and Gilles Laporte*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Argumentation écrite seulement par *Brigitte Bussières, Alain Gingras et Gilles Laporte*, pour l'intervenante la procureure générale du Québec.

Written submissions only by *Michael Conner and Charles Murray*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Argumentation écrite seulement par *Michael Conner et Charles Murray*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Written submissions only by *Graeme G. Mitchell, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Argumentation écrite seulement par *Graeme G. Mitchell, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Written submissions only by *Roderick Wiltshire*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Argumentation écrite seulement par *Roderick Wiltshire*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Claire E. Hunter, Eileen Patel and Nigel Marshman, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Claire E. Hunter, Eileen Patel et Nigel Marshman, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Alan L. W. D'Silva, Nicholas McHaffie and Alexandra Urbanski, for the intervener the Insurance Bureau of Canada.

Alan L. W. D'Silva, Nicholas McHaffie et Alexandra Urbanski, pour l'intervenant le Bureau d'assurance du Canada.

Shannon Prithipaul, Ian Savage and Michael Oykhman, for the interveners the Criminal Trial Lawyers' Association (Alberta) and the Criminal Defence Lawyers Association (Calgary).

Shannon Prithipaul, Ian Savage et Michael Oykhman, pour les intervenantes Criminal Trial Lawyers' Association (Alberta) et Criminal Defence Lawyers Association (Calgary).

Michael Lacy, Joanna Baron and Andrew Burgess, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Michael Lacy, Joanna Baron et Andrew Burgess, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Sean McDonough, for the intervener the Alberta Registrar of Motor Vehicle Services.

Sean McDonough, pour l'intervenant Alberta Registrar of Motor Vehicle Services.

Bryant Mackey, Guy Régimbald and Matthew Estabrooks, for the intervener Mothers Against Drunk Driving Canada.

Bryant Mackey, Guy Régimbald et Matthew Estabrooks, pour l'intervenante Les mères contre l'alcool au volant Canada.

The judgment of Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Côté JJ. was delivered by

KARAKATSANIS J. —

I. Introduction

[1] The devastating consequences of impaired driving reverberate throughout Canadian society. Impaired driving renders roads unsafe, destroys lives, and imposes costs throughout the health care system. The federal and provincial governments have all acted in response to this pressing danger. The federal government has made both impaired driving and driving with a blood alcohol concentration above 0.08 offences contrary to the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. Across Canada, provincial governments have also addressed this concern through provincial legislation governing driver licensing.

[2] In 2010, British Columbia created the automatic roadside prohibition (ARP) scheme. It marked a continuation of British Columbia's longstanding efforts to remove impaired drivers from the province's roads through the use of licence suspensions, penalties and remedial programs.

[3] In the first appeal, Richard Goodwin, who was issued a driving prohibition pursuant to this new ARP scheme, asks this Court to decide whether it oversteps the bounds of provincial legislative competence and invades the federal government's exclusive jurisdiction over criminal law (the Goodwin appeal). Mr. Goodwin further asks for a determination of whether the provincial regime engages and violates the presumption of innocence guaranteed by s. 11 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The second appeal was brought by British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and the Attorney General of British Columbia (collectively the Province) and questions whether the ARP regime engages and violates the protection against

Version française du jugement des juges Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Côté rendu par

LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Introduction

[1] Les conséquences dévastatrices de la conduite avec facultés affaiblies se font sentir dans toute la société canadienne. La conduite avec facultés affaiblies rend les routes dangereuses, détruit des vies et entraîne des coûts pour l'ensemble du système de santé. Les gouvernements fédéral et provinciaux ont tous fait face à ce danger pressant. Le gouvernement fédéral a érigé en infractions au *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, la conduite avec facultés affaiblies et la conduite avec une alcoolémie supérieure à 0,08. Partout au Canada, les gouvernements provinciaux se sont également attaqués à cet enjeu par leurs dispositions législatives régissant la délivrance des permis de conduire.

[2] En 2010, la Colombie-Britannique a créé le régime d'interdiction automatique de conduire (RIAC). Ce régime représente le prolongement des efforts déployés depuis longtemps par la Colombie-Britannique pour chasser les conducteurs aux facultés affaiblies de ses routes par l'imposition de suspensions de permis, de sanctions et de programmes correctifs.

[3] Dans le premier pourvoi, Richard Goodwin, qui a été condamné à une interdiction de conduire en application de ce nouveau RIAC, prie la Cour de décider s'il excède la compétence législative de la province et empiète sur la compétence exclusive du gouvernement fédéral en matière de droit criminel (le pourvoi de M. Goodwin). Monsieur Goodwin nous demande aussi de déterminer si le régime provincial fait intervenir et viole la présomption d'innocence garantie par l'art. 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le deuxième pourvoi a été interjeté par la Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) (« Surintendant ») et le procureur général de cette province (collectivement la Province). Il soulève la question de savoir si le

unreasonable search and seizure found in s. 8 (the Province appeal).

[4] As I will explain, I agree with the courts below. The ARP scheme is valid provincial legislation. Moreover, s. 11 of the *Charter* is not engaged as the provincial regime does not create an “offence”. However, I would uphold the chambers judge’s finding that the scheme as it was constituted from September 2010 to June 2012 violated the s. 8 rights of drivers subject to a roadside breath demand who subsequently registered a “fail” on the approved screening device (ASD), and is not saved by s. 1.

II. Judicial History

[5] Each of the drivers in the Province appeal received prohibitions under the ARP scheme in British Columbia. Jamie Chisholm, Carol Beam and Scott Roberts provided a breath sample into an ASD and registered a “fail”. Mr. Goodwin failed to provide an adequate breath sample. Each of the drivers was prohibited from driving for 90 days, had his or her vehicle impounded for 30 days, and was required to pay monetary penalties and fees. Three of the drivers were also referred to remedial programs, which the chambers judge found was a routine consequence imposed for blowing a “fail”.¹

[6] Before the Supreme Court of British Columbia, the petitioners argued that the ARP scheme (1) was *ultra vires* the province; (2) violated s. 11(d) of the *Charter*; (3) infringed s. 8 of the *Charter*; (4) violated s. 10(b) of the *Charter*; and (5) such violations were not justified under s. 1 of the *Charter*.

[7] The chambers judge, Sigurdson J., found that the ARP scheme is *intra vires* — within the legislative

¹ R.F. (B.C.), at para. 27; 2011 BCSC 1639, 27 B.C.L.R. (5th) 229 (“chambers judge’s reasons”).

RIAC fait intervenir et viole la protection offerte par l’art. 8 contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives (le pourvoi de la Province).

[4] Comme je l’expliquerai, je suis d’accord avec les tribunaux d’instance inférieure. Le RIAC constitue de la législation provinciale valide. Qui plus est, l’art. 11 de la *Charte* n’entre pas en jeu puisque le régime provincial ne crée pas une infraction. Je suis toutefois d’avis de confirmer la conclusion du juge en chambre selon laquelle le régime en vigueur de septembre 2010 à juin 2012 violait les droits garantis par l’art. 8 aux conducteurs sommés de répondre à une demande d’alcootest qui ont obtenu par la suite le résultat « échec » sur l’appareil de détection approuvé (ADA), et n’était pas sauvegardé par l’article premier.

II. Historique judiciaire

[5] Chacun des conducteurs en cause dans le pourvoi de la Province a été condamné à une interdiction de conduire en application du RIAC en Colombie-Britannique. Jamie Chisholm, Carol Beam et Scott Roberts ont fourni un échantillon d’haleine dans un ADA et ont échoué au test. Monsieur Goodwin n’a pas fourni un échantillon d’haleine adéquat. Chacun des conducteurs a été condamné à une interdiction de conduire pendant 90 jours et a été contraint de payer des amendes et des frais. Leur véhicule a également été saisi pendant 30 jours. Trois des conducteurs ont aussi été contraints de participer à un programme correctif qui, selon le juge en chambre, est une sanction systématiquement imposée aux conducteurs ayant échoué au test¹.

[6] Devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, les requérants ont fait valoir que le RIAC (1) excédait la compétence de la province; (2) violait l’al. 11d) de la *Charte*; (3) contrevenait à l’art. 8 de la *Charte*; (4) violait l’al. 10b) de la *Charte*; et que (5) ces violations n’étaient pas justifiées au sens de l’article premier de la *Charte*.

[7] Selon le juge en chambre Sigurdson, le RIAC relève de la compétence législative de la province, et

¹ m.i. (C.-B.), par. 27; 2011 BCSC 1639, 27 B.C.L.R. (5th) 229 (« motifs du juge en chambre »).

competence of — the province and that ss. 11(d) and 10(b) are not ultimately infringed. However, he concluded that the ARP scheme violates s. 8 of the *Charter*. He subsequently clarified that the s. 8 infringement arises only from the screening device registering a “fail” reading over 0.08, and not from a refusal to provide a breath sample. The chambers judge declared the infringing part of the ARP scheme invalid, and suspended the declaration until June 30, 2012: 2011 BCSC 1783, 249 C.R.R. (2d) 368. His decision was upheld on appeal to the British Columbia Court of Appeal: *Sivia v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2014 BCCA 79, 55 B.C.L.R. (5th) 1.

III. The Provincial Legislative Scheme

[8] British Columbia has had an administrative driving prohibition (ADP) scheme since 1997, as ss. 94.1 to 94.6 of the *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1996, c. 318 (*MVA*). Under this earlier regime, which remains in force, police officers are required to serve a notice of driving prohibition where they have reasonable and probable grounds, on the basis of a breath or blood analysis, to believe that the driver of a motor vehicle has a blood alcohol concentration of more than 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood: *MVA*, s. 94.1(1). In practice, the grounds for serving a notice of prohibition under the ADP arise from breath analysis by an approved instrument (also known as a breathalyser) conducted at a police station: chambers judge’s reasons, at para. 55. A notice of driving prohibition served under this scheme takes effect 21 days later, for a duration of 90 days: *MVA*, s. 94.2(1). The same consequences follow where a driver fails or refuses, without reasonable excuse, to provide a breath sample: *MVA*, s. 94.1(1)(b).

[9] This scheme is similar to other provincial schemes across the country.² It was upheld as constitutional, as regards both division of powers and s. 7

² See *Highway Traffic Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. H-5, ss. 277.2 et seq.; and *Highway Safety Code*, CQLR, c. C-24.2, ss. 202.4 et seq.

il n’y a pas, en fin de compte, atteinte aux al. 11(d) et 10(b). Il a toutefois conclu que le RIAC viole l’art. 8 de la *Charte*. Il a subséquemment précisé qu’il y a atteinte à l’art. 8 seulement lorsque le résultat affiché par l’appareil de détection est supérieur à 0,08 et non lorsqu’il y a refus de fournir un échantillon d’haleine. Le juge en chambre a déclaré invalide la partie attentatoire du RIAC et a suspendu la déclaration d’invalidité jusqu’au 30 juin 2012 : 2011 BCSC 1783, 249 C.R.R. (2d) 368. Sa décision a été confirmée en appel par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique : *Sivia c. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2014 BCCA 79, 55 B.C.L.R. (5th) 1.

III. Le régime législatif provincial

[8] La Colombie-Britannique avait instauré un régime d’interdiction administrative de conduire (IAC) en 1997, constitué des art. 94.1 à 94.6 de la *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1996, c. 318 (*MVA*). Selon ce régime plus ancien, qui est toujours en vigueur, les policiers sont tenus de signifier un avis d’interdiction de conduire lorsqu’ils ont des motifs raisonnables et probables de croire, sur le fondement d’une analyse d’haleine ou de sang, que le conducteur d’un véhicule à moteur a une alcoolémie supérieure à 80 milligrammes d’alcool par 100 millilitres de sang : *MVA*, par. 94.1(1). Dans les faits, les motifs justifiant la signification d’un avis d’interdiction en application du régime d’IAC découlent d’une analyse d’haleine effectuée au moyen d’un instrument approuvé (aussi connu sous le nom d’alcootest) dans un poste de police : motifs du juge en chambre, par. 55. L’avis d’interdiction de conduire signifié en application de ce régime prend effet 21 jours plus tard, pour une durée de 90 jours : *MVA*, par. 94.2(1). Les mêmes conséquences s’ensuivent lorsqu’un conducteur omet ou refuse, sans excuse raisonnable, de fournir un échantillon d’haleine : *MVA*, al. 94.1(1)(b).

[9] Ce régime est similaire à d’autres régimes provinciaux au pays². Il a été déclaré constitutionnel, tant au regard du partage des pouvoirs qu’au regard

² Voir *Highway Traffic Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. H-5, art. 277.2 et suiv.; *Code de la sécurité routière*, RLRQ, c. C-24.2, art. 202.4 et suiv.

of the *Charter*, in *Buhlers v. Superintendent of Motor Vehicles (B.C.)*, 1999 BCCA 0114, 119 B.C.A.C. 207.

[10] The introduction of the new ARP scheme in 2010 marked a shift in British Columbia's approach to the regulation of drunk driving. Instead of relying on the use of breathalyser tests at the police station, driving prohibitions would now be issued following a roadside analysis, using an ASD. While a "fail" reading captures the same blood alcohol concentration that triggers a prohibition under the ADP scheme, a concentration of 0.05 to 0.08, detected through a "warn" reading, would now also result in the issuing of a roadside suspension, although for a shorter duration. Similar to the earlier scheme, a "fail" reading and a driver's refusal or failure to provide a sample both result in a 90-day suspension: *MVA*, s. 215.43(2). A "warn" reading results in a shorter suspension of between 3 and 30 days, depending on whether the driver has previously been served with a prohibition: *MVA*, s. 215.43(1). All prohibitions take effect immediately upon being served on a driver: *MVA*, ss. 215.41(6) and 215.43(3).

[11] Unlike the earlier ADP, the ARP scheme imposes additional consequences beyond the normal costs associated with the prohibition itself, such as a reinstatement fee. The chambers judge found that a driver who registers a "fail" or fails to provide a sample faces penalties and costs totalling over \$4,000, in addition to the 90-day suspension: para. 56. Drivers subject to a 30 or 90 day suspension also face mandatory vehicle impoundment: *MVA*, s. 215.46(2).

[12] The ARP scheme as enacted in 2010 also differs from the predecessor regime with respect to the scope of available review. The ADP scheme would permit the Superintendent of Motor Vehicles to consider whether a driver's blood alcohol concentration was in fact above 0.08, whereas the ARP scheme

de l'art. 7 de la *Charte*, dans l'arrêt *Buhlers c. Superintendent of Motor Vehicles (B.C.)*, 1999 BCCA 0114, 119 B.C.A.C. 207.

[10] L'introduction du nouveau RIAC en 2010 a marqué un tournant dans la méthode employée par la Colombie-Britannique pour régler la conduite en état d'ébriété. Plutôt que d'être fondées sur les résultats de l'alcootest obtenus au poste de police, les interdictions de conduire seraient désormais imposées à la suite d'une analyse effectuée lors d'un contrôle routier au moyen d'un ADA. Bien que le résultat « échec » corresponde à l'alcoolémie qui débouche sur une interdiction en application du régime d'IAC, un taux de 0,05 à 0,08 détecté par le résultat « avertissement » entraînerait désormais aussi une suspension de permis, mais pour une durée plus courte. Tout comme dans le cas du régime précédent, le résultat « échec » ainsi que le refus ou l'omission du conducteur de fournir un échantillon entraînent tous deux une suspension de 90 jours : *MVA*, par. 215.43(2). Le résultat « avertissement » se traduit par une suspension plus courte de 3 à 30 jours, selon que le conducteur ait précédemment reçu signification d'une interdiction : *MVA*, par. 215.43(1). Toutes les interdictions prennent effet immédiatement après leur signification au conducteur : *MVA*, par. 215.41(6) et 215.43(3).

[11] Contrairement au premier régime d'IAC, le RIAC impose d'autres sanctions en plus des coûts habituels associés à l'interdiction elle-même, comme le droit de rétablissement. D'après le juge en chambre, le conducteur qui échoue au test ou qui ne fournit pas d'échantillon s'expose à des sanctions et à des frais totalisant plus de 4 000 \$, auxquels s'ajoute la suspension de 90 jours : par. 56. Les conducteurs qui font l'objet d'une suspension de 30 ou de 90 jours s'exposent en outre à la saisie obligatoire du véhicule : *MVA*, par. 215.46(2).

[12] Le RIAC établi en 2010 diffère également de son prédécesseur en ce qui a trait à l'étendue du contrôle. Le régime d'IAC permettait au Surintendant d'examiner si l'alcoolémie du conducteur était bel et bien supérieure à 0,08, alors que le RIAC limitait les motifs de contrôle aux questions de savoir

limited the grounds of review to whether the applicant was a driver, whether (in the case of a “warn”) the prohibition was in fact a subsequent prohibition, and, whether the approved screening device registered a “warn” or a “fail”, or alternatively, whether the driver failed or refused, without reasonable excuse, to provide a breath sample: chambers judge’s reasons, at para. 57; *MVA*, s. 215.5.

[13] The scheme was amended in 2012 subsequent to the chamber judge’s decision, and now requires that a police officer inform a driver of her right to request and be provided a second ASD test, and, where two samples are provided, the lower of the two results is the basis for a driving prohibition: *MVA*, s. 215.42. It also expands the grounds on which a driver may challenge a prohibition: *MVA*, s. 215.5. Under the amended ARP scheme, the police officer’s report to the Superintendent must be sworn, and police must now provide the Superintendent with information relating to the calibration of the ASD: *MVA*, s. 215.47. These amendments are not challenged in these appeals.

IV. Issues

[14] The appeals raise four constitutional issues. The first is a matter of the division of powers between the federal and provincial governments: Is the ARP scheme as enacted in 2010 *ultra vires* British Columbia as being exclusively within the federal government’s criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*?

[15] If the ARP scheme is within British Columbia’s legislative competence, the remaining issues concern its compliance with ss. 8 and 11(d) of the *Charter*.³ If the legislative scheme infringes either of these *Charter* rights, this Court must also determine whether the infringement is a reasonable limit justified under s. 1.

³ The s. 10(b) issue was not appealed.

si la personne était en fait un conducteur, si (dans le cas d’un « avertissement ») l’interdiction était en fait une interdiction subséquente et si l’appareil de détection approuvé affichait un « avertissement » ou un « échec » ou, subsidiairement, si le conducteur avait omis ou refusé, sans excuse raisonnable, de fournir un échantillon d’haleine : motifs du juge en chambre, par. 57; *MVA*, art. 215.5.

[13] Le régime a été modifié en 2012, après la décision du juge en chambre, et il exige désormais que le policier informe le conducteur de son droit de demander une deuxième analyse faite au moyen d’un ADA et d’en obtenir une. Lorsque deux échantillons sont fournis, le plus faible résultat des deux analyses sert de fondement à l’interdiction de conduire : *MVA*, art. 215.42. Le régime élargit aussi les motifs pour lesquels un conducteur peut contester une interdiction : *MVA*, art. 215.5. Suivant le RIAC modifié, le rapport que le policier remet au Surintendant doit être fait sous serment, et la police doit désormais lui fournir des renseignements sur le calibrage de l’ADA : *MVA*, art. 215.47. Ces modifications ne sont pas contestées en l’espèce.

IV. Questions en litige

[14] Les pourvois soulèvent quatre questions constitutionnelles. La première touche le partage des compétences entre le fédéral et les provinces : le RIAC, tel qu’il a été établi en septembre 2010, outre-passe-t-il la compétence de la Colombie-Britannique parce qu’il relève exclusivement de la compétence en matière de droit criminel que confère au gouvernement fédéral le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

[15] Si le RIAC ressortit à la compétence législative de la Colombie-Britannique, les autres questions portent sur sa conformité à l’art. 8 et à l’al. 11(d) de la *Charte*.³ Si le régime législatif porte atteinte à l’un ou l’autre de ces droits garantis par la *Charte*, la Cour doit également décider si cette atteinte constitue une limite raisonnable justifiée au sens de l’article premier.

³ La question de l’al. 10(b) n’a pas été portée en appel.

V. Analysis

A. *Is the ARP Scheme Ultra Vires the Province?*

[16] Under the *Constitution Act, 1867*, the federal government exercises exclusive jurisdiction over the criminal law and procedure (s. 91(27)), while each province exercises exclusive jurisdiction over property and civil rights in the province (s. 92(13)).

[17] Mr. Goodwin argues that the ARP scheme is *ultra vires* the Province of British Columbia, as its pith and substance is to replace the *Criminal Code*'s impaired driving provisions with a regime of automatic and severe penalties. He asserts that the purpose of the scheme is punitive, as it seeks to reduce enforcement costs by removing procedural rights. Its practical effect, he submits, is to oust the criminal law.

[18] The Province counters that the ARP scheme is a valid exercise of the Province's jurisdiction to legislate in the area of property and civil rights under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. In the Province's view, *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] S.C.R. 396, and this Court's other decisions confirming the validity of provincial impaired driving regimes provide a complete answer to the drivers' claim that the ARP scheme is *ultra vires*.

[19] Mr. Goodwin says that this case should be distinguished from *Egan* and other decisions upholding provincial regimes. Those regimes, he says, were intended to create a parallel scheme of licensing, not to impact the application and enforcement of the *Criminal Code*. By contrast, the ARP scheme creates both the penalties and the means to investigate who should be penalized, effectively removing the more onerous and protective processes associated with criminal investigations and prosecutions: chambers judge's reasons, at paras. 69-73.

V. Analyse

A. *Le RIAC excède-t-il la compétence de la province?*

[16] Suivant la *Loi constitutionnelle de 1867*, le gouvernement fédéral exerce une compétence exclusive sur la loi criminelle et la procédure en matière criminelle (par. 91(27)), tandis que chaque province exerce une compétence exclusive sur la propriété et les droits civils à l'intérieur de son territoire (par. 92(13)).

[17] Monsieur Goodwin fait valoir que le RIAC excède la compétence de la province de la Colombie-Britannique puisque, de par son caractère véritable, il vise à remplacer les dispositions du *Code criminel* en matière de conduite avec facultés affaiblies par un régime de sanctions automatiques et lourdes. Il affirme que l'objectif du régime est punitif, car il vise à réduire les frais d'application de la loi en supprimant des droits procéduraux. Toujours selon M. Goodwin, le régime a pour effet pratique d'écarter le droit criminel.

[18] La Province réplique que le RIAC constitue un exercice valable de son pouvoir de légiférer dans le domaine de la propriété et des droits civils en vertu du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. D'après la Province, l'arrêt *Provincial Secretary of Prince Edward Island c. Egan*, [1941] R.C.S. 396, ainsi que les autres arrêts de la Cour qui confirment la validité des régimes provinciaux régissant la conduite avec facultés affaiblies, répondent entièrement à la prétention des conducteurs selon laquelle le RIAC est *ultra vires*.

[19] Monsieur Goodwin affirme qu'il faudrait établir une distinction entre la présente affaire et l'arrêt *Egan* ainsi que les autres arrêts confirmant les régimes provinciaux. Ces régimes visaient, dit-il, à créer un mécanisme parallèle de délivrance de permis, et non à influencer sur l'application du *Code criminel*. À l'opposé, le RIAC prévoit à la fois les sanctions et les moyens de déterminer qui devrait être puni, supprimant ainsi les formalités plus lourdes et protectrices associées aux enquêtes et aux poursuites criminelles : motifs du juge en chambre, par. 69-73.

[20] This argument was rejected in the courts below. For the reasons that follow, I agree. Mr. Goodwin misapprehends the nature of the division of power analysis. While purpose and effect are relevant considerations, neither is determinative. A proper analysis considers both purpose and effect in order to determine first what the “matter” of the legislation is, and second whether the “matter” falls within a head of provincial power.

[21] The “matter” of a law is its true character — that is, its pith and substance: *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at p. 481. The law’s purpose and its legal and practical effects can help identify the matter: *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693, at para. 29; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837, at paras. 63-64; *Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, 2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453, at para. 20.

[22] The core of Mr. Goodwin’s submission is that the ARP scheme is nothing more than crime control dressed up as licensing. In his view, the Province’s purpose in enacting this scheme was to provide a criminal law response to drunk driving without engaging the *Charter* and its attendant procedural protections: A.F. (Goodwin), at paras. 74-78.

[23] This is essentially an argument that the ARP scheme is a colourable attempt at invading the federal criminal law. Of course, it is the substance and not the form of the law that defines its true character. As this Court emphasized in *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, courts must take care “not to endorse a ‘colourable’ statute, that is, one that in form appears to relate to a matter within the legislative competence of the enacting order of government, but in substance addresses a matter falling outside its competence”: para. 31; see also P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at pp. 15-19; *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297.

[20] Cet argument a été rejeté par les tribunaux d’instance inférieure. Pour les motifs qui suivent, je suis du même avis. Monsieur Goodwin se méprend sur la nature de l’analyse du partage des compétences. Bien que l’objectif et l’effet soient des facteurs pertinents, ni l’un ni l’autre n’est déterminant. Pour effectuer une analyse adéquate, il convient d’étudier l’objectif et l’effet de la loi pour en identifier d’abord la « matière » et, ensuite, d’examiner si cette « matière » relève d’un chef de compétence provinciale.

[21] La « matière » d’une loi est son caractère véritable : *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, p. 481. L’objet de la loi et ses effets juridiques et concrets peuvent aider à en identifier la matière : *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693, par. 29; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837, par. 63-64; *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453, par. 20.

[22] Monsieur Goodwin soutient principalement que le RIAC ne vise qu’à réprimer la criminalité sous le couvert d’un régime de délivrance de permis. À son avis, en adoptant ce régime, la Province avait pour objectif de s’attaquer à l’ivresse au volant par le droit criminel sans mettre en cause la *Charte* et les mesures de protection procédurales qui en découlent : m.a. (Goodwin), par. 74-78.

[23] Il affirme essentiellement que le RIAC est une tentative déguisée d’empiéter sur le droit criminel fédéral. Bien entendu, c’est le fond et non la forme de la loi qui définit son caractère véritable. Comme l’a souligné la Cour dans l’arrêt *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, les tribunaux doivent prendre garde « de donner leur aval à une loi “déguisée”, c’est-à-dire une loi qui, de par sa forme, semble porter sur une matière ressortissant à la compétence législative de l’ordre de gouvernement qui l’a adoptée, mais qui traite au fond d’une matière dépassant sa compétence » : par. 31; voir également P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), p. 15-19; *Renvoi relatif à l’Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297.

[24] However, whether or not an impugned law is alleged to be colourable, the fundamental pith and substance analysis remains the same. The impact of provincial legislation on *Charter* rights may be relevant to this analysis, but it is not determinative. This Court has cautioned that the purpose of legislation cannot be confused with the means chosen to carry out the purpose: *Ward v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569, at para. 25. The fact that the means used to achieve a provincial purpose may engage different, or fewer, *Charter* protections than the means used to achieve a related federal purpose does not necessarily imply that the provincial *purpose* was to avoid or undermine *Charter* protections.

[25] I agree with the chambers judge that the Province's purpose in enacting the ARP scheme was not to oust the criminal law, but rather to prevent death and serious injury on public roads by removing drunk drivers and deterring impaired driving. The ARP scheme is part of the *MVA*, which establishes a regulatory regime setting the terms and conditions of driver licensing in British Columbia. It continues British Columbia's ongoing efforts to stem the tide of drunk-driving related incidents in the province. The ARP scheme was introduced "as a means of reducing the body count on B.C.'s highways" in the face of an increase in drunk-driving accidents and deaths: British Columbia, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 16, No. 1, 2nd Sess., 39th Parl., April 27, 2010, at p. 4871, per Hon. M. de Jong. Although Mr. Goodwin argues that such statements conceal the scheme's true purpose of removing drivers' procedural rights, both the legislative history and the statutory scheme support finding that the ARP scheme was enacted to enhance highway safety.

[26] Mr. Goodwin also challenges the ARP scheme on the basis that its legal and practical effects go beyond British Columbia's constitutional

[24] Cependant, que l'on prétende ou non qu'une loi contestée est déguisée, l'analyse de son caractère véritable demeure la même. L'incidence de la loi provinciale sur les droits garantis par la *Charte* peut être pertinente dans cette analyse, mais elle n'est pas déterminante. La Cour a averti qu'on ne saurait confondre l'objet d'une loi et les moyens choisis pour réaliser l'objet : *Ward c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569, par. 25. La possibilité que les moyens employés pour atteindre un objectif provincial fassent entrer en jeu des protections conférées par la *Charte* différentes ou moins nombreuses que dans le cas des moyens utilisés pour réaliser l'objectif fédéral connexe n'implique pas nécessairement que l'*objectif* provincial était d'échapper à ces protections ou de les miner.

[25] À l'instar du juge en chambre, j'estime que la Province, en instaurant le RIAC, avait pour objectif non pas d'écarter le droit criminel, mais plutôt d'empêcher les décès et les blessures graves sur les chemins publics en chassant les conducteurs en état d'ébriété et en décourageant la conduite avec facultés affaiblies. Le RIAC fait partie de la *MVA*, qui établit un régime réglementaire fixant les modalités et conditions de la délivrance des permis de conduire en Colombie-Britannique. Il s'inscrit dans la foulée des efforts déployés constamment par la Colombie-Britannique pour endiguer la vague d'incidents liés à l'ivresse au volant dans la province. Le RIAC a été mis en place [TRADUCTION] « comme moyen de réduire les pertes de vie sur les routes de la Colombie-Britannique » en raison d'une augmentation du nombre d'accidents et de décès causés par l'ivresse au volant : Colombie-Britannique, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 16, n° 1, 2^e sess., 39^e lég., 27 avril 2010, p. 4871, l'hon. M. de Jong. Malgré les prétentions de M. Goodwin selon lesquelles ces déclarations dissimulent l'objet véritable du régime d'éliminer les droits procéduraux des conducteurs, l'historique législatif et le régime législatif permettent de conclure que le RIAC a été instauré pour accroître la sécurité routière.

[26] Monsieur Goodwin conteste également le RIAC au motif que ses effets juridiques et concrets vont au-delà des pouvoirs constitutionnels de la

powers. In Mr. Goodwin's view, the penalties under the ARP scheme are the "toughest" in Canada, thus giving the scheme a punitive character, one properly associated with the criminal law. However, the imposition of significant financial penalties and the loss of important privileges do not necessarily make legislation punitive. The legal effects can act as a deterrent to serve the goal of highway safety. Both are compatible with a regulatory licensing regime.

[27] In terms of practical effects, Mr. Goodwin submits that the ARP scheme ousts the criminal law. Noting this Court's admonition at para. 40 of *Chatterjee v. Ontario (Attorney General)*, 2009 SCC 19, [2009] 1 S.C.R. 624, that the province can legislate "so long as those measures are taken in relation to a head of provincial competence and do not compromise the proper functioning of the *Criminal Code*", he relies on evidence suggesting that, since the introduction of the ARP regime, the police have chosen to enforce the provincial ARP scheme instead of the federal criminal law sanctions against impaired driving. This, he argues, differentiates those provincial schemes that complement the criminal provisions from the ARP scheme, which supplants the criminal provisions.

[28] As the chambers judge noted, the fact that the police have tended to enforce the provincial ARP scheme rather than the criminal law is certainly a factor to consider in the pith and substance analysis. However, it is not determinative. As this Court noted in *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, the common law duties of police include the protection of life and property and "the duty to control traffic on the public roads": p. 12. Police officers have responsibility both for enforcing the criminal law and for seeking to maintain safety on the roads through the enforcement of provincial highway safety laws. The fact that they exercise their discretion to enforce one of these laws rather than another is consistent with police discretion generally. Such discretion is essential, allowing officers to apply the law to real world situations in a fair manner: *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190, at para. 3. A provincial enactment that allows police

Colombie-Britannique. À son avis, les sanctions prévues par le RIAC sont les [TRADUCTION] « plus sévères » au Canada, ce qui confère au régime un caractère punitif que l'on associe à juste titre au droit criminel. Toutefois, l'imposition de sanctions pécuniaires élevées et la perte de privilèges importants ne rendent pas forcément la loi punitive. Les conséquences juridiques peuvent servir de moyens de dissuasion pour réaliser l'objectif de sécurité routière. Les deux sont compatibles avec un régime de délivrance de permis réglementaire.

[27] Pour ce qui est des effets concrets, M. Goodwin soutient que le RIAC écarte le droit criminel. Signalant la mise en garde de la Cour au par. 40 de l'arrêt *Chatterjee c. Ontario (Procureur général)*, 2009 CSC 19, [2009] 1 R.C.S. 624, selon laquelle la province peut légiférer « pour autant que ces mesures soient permises sous un chef de compétence provincial et ne portent pas atteinte à l'application du *Code criminel* », il s'appuie sur des éléments de preuve tendant à indiquer que, depuis l'établissement du RIAC, la police a choisi d'appliquer ce régime provincial plutôt que les sanctions prévues par le droit criminel fédéral contre la conduite avec facultés affaiblies. Selon lui, cela différencie les régimes provinciaux qui complètent les dispositions criminelles du RIAC, qui supplantent ces dispositions.

[28] Comme l'a signalé le juge en chambre, le fait que la police tend à appliquer le RIAC provincial plutôt que le droit criminel est certainement un facteur à prendre en compte dans l'analyse du caractère véritable. Or, ce facteur n'est pas déterminant. Comme l'a relevé la Cour dans l'arrêt *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, les devoirs qu'a la police selon la common law comprennent la protection de la vie des personnes et des biens et « l'obligation de surveiller la circulation sur les routes » : p. 12. Les policiers sont chargés d'appliquer le droit criminel et de maintenir la sécurité sur les routes en appliquant les lois provinciales en matière de sécurité routière. Le fait qu'ils exercent leur pouvoir discrétionnaire d'appliquer une de ces lois plutôt qu'une autre est conforme au pouvoir discrétionnaire de la police en général. Ce pouvoir discrétionnaire est essentiel puisqu'il permet aux policiers d'appliquer le droit aux situations concrètes de manière équitable : *R. c.*

to make a discretionary decision about whether to enforce the *Criminal Code* or the *MVA* in particular circumstances is not one that “compromise[s] the proper functioning of the *Criminal Code*”: see *Chatterjee*, at para. 40.

[29] At the end of the day, the purposes and effects of a law must be considered together, rather than in isolation, to determine its pith and substance. No doubt the ARP scheme has incidental impacts on criminal law. No doubt it targets, in part, specific criminal activity and imposes serious consequences, without the protections attendant on criminal investigations and prosecutions. However, the consequences relate to the regulation of driving privileges. In my view, the chambers judge was correct in characterizing the pith and substance of the ARP scheme as “the licensing of drivers, the enhancement of highway traffic safety, and the deterrence of persons from driving on highways when their ability is impaired by alcohol”: chambers judge’s reasons, at para. 74.

[30] Once the matter has been identified, the next step consists of classifying the legislation or provision in relation to the division of legislative power in the Constitution. This will establish whether it is within the legislative competence of the enacting level of government.

[31] A long line of jurisprudence establishes the scope of provincial legislative power regarding the regulation of highway traffic. Since *Egan*, this Court has recognized that provinces may legislate regarding drunk driving pursuant to s. 92 of the *Constitution Act, 1867*: see, e.g., *Validity of Section 92(4) of The Vehicles Act, 1957 (Sask.)*, [1958] S.C.R. 608; *O’Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804; *Ross v. Registrar of Motor Vehicles*, [1975] 1 S.C.R. 5. As this Court underlined in *Chatterjee*, “[d]runk drivers create public safety hazards on provincial highways and their accidents impose costs by way of examples on the provincial health system and provincial police and highway services”: para. 41. Provinces thus have an important role in ensuring highway safety, which includes

Beaudry, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190, par. 3. Un texte de loi provincial qui permet aux policiers de prendre la décision discrétionnaire d’appliquer soit le *Code criminel*, soit la *MVA* dans une situation particulière n’en est pas un qui « port[e] [. . .] atteinte à l’application du *Code criminel* » : voir *Chatterjee*, par. 40.

[29] En définitive, il faut examiner les objectifs et les effets d’une loi ensemble plutôt qu’isolément pour déterminer son caractère véritable. Il ne fait aucun doute que le RIAC a des répercussions indirectes sur le droit criminel. Il vise sans aucun doute, en partie, une activité criminelle précise et impose de lourdes sanctions, sans offrir les protections inhérentes aux enquêtes et aux poursuites criminelles. Toutefois, les sanctions se rapportent à la réglementation des privilèges du conducteur. À mon avis, le juge en chambre a décrit avec raison le caractère véritable du RIAC comme [TRADUCTION] « la délivrance de permis de conduire, le renforcement de la sécurité routière et le fait de dissuader les gens de conduire sur les routes avec les facultés affaiblies par l’alcool » : motifs du juge en chambre, par. 74.

[30] Une fois la matière identifiée, la prochaine étape consiste à classer la loi ou la disposition au regard du partage des pouvoirs législatifs prévu dans la Constitution. Cela permettra d’établir si la loi ou la disposition relève de la compétence législative de l’ordre de gouvernement qui l’a adoptée.

[31] Un long courant jurisprudentiel établit l’étendue de la compétence législative provinciale en matière de réglementation de la circulation routière. Depuis l’arrêt *Egan*, la Cour reconnaît aux provinces le droit de légiférer à propos de la conduite en état d’ébriété en vertu de l’art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* : voir, p. ex., *Validity of Section 92(4) of The Vehicles Act, 1957 (Sask.)*, [1958] R.C.S. 608; *O’Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804; *Ross c. Régistrare des véhicules automobiles*, [1975] 1 R.C.S. 5. Comme l’a souligné la Cour dans l’arrêt *Chatterjee*, « [l]es conducteurs en état d’ébriété sont des dangers pour la sécurité publique sur les routes provinciales, et leurs accidents entraînent des coûts, par exemple pour les systèmes de santé provinciaux, la police provinciale et les services routiers » : par. 41.

regulating who is able to drive and removing dangerous drivers from the roads.

[32] Provincial drunk-driving programs and the criminal law will often be interrelated. Some provincial schemes have relied incidentally on criminal convictions: see *Egan and Ross*. A number of provincial courts of appeal have also upheld schemes that are not dependent on criminal convictions but rely incidentally on *Criminal Code* provisions: *Buhlers*; *Gonzalez v. Driver Control Board (Alta.)*, 2003 ABCA 256, 330 A.R. 262; *Horsefield v. Ontario (Registrar of Motor Vehicles)* (1999), 44 O.R. (3d) 73 (C.A.). This jurisprudence makes clear that a provincial statute will not invade the federal power over criminal law merely because its purpose is to target conduct that is also captured by the *Criminal Code*.

[33] This is consistent with the modern approach to federalism, which recognizes that areas of overlapping powers are unavoidable: *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 42. As this Court has noted, courts should favour “the ordinary operation of statutes enacted by both levels of government” where it is possible to do so: *ibid.*, at para. 37 (emphasis in original). It is also of some import that the Attorney General of Canada intervenes to argue that this law is within provincial legislative authority: I.F., at para. 12. Where an Attorney General has intervened to support the exercise of jurisdiction of another legislature, this “invite[s] the Court to exercise caution before it finds that the impugned provisions of the Act are *ultra vires* the province”: *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146, at para. 73; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at pp. 19-20.

Les provinces jouent donc un rôle important quand elles assurent la sécurité routière, notamment en décidant qui est en mesure de conduire et en chassant les conducteurs dangereux des routes.

[32] Les programmes provinciaux de lutte contre la conduite en état d'ébriété et le droit criminel sont souvent interreliés. Certains régimes provinciaux reposaient de façon accessoire sur des déclarations de culpabilité au criminel : voir *Egan et Ross*, précités. Plusieurs cours d'appel provinciales ont aussi confirmé des régimes qui, au lieu de dépendre de déclarations de culpabilité, sont fondés accessoirement sur des dispositions du *Code criminel* : *Buhlers*; *Gonzalez c. Driver Control Board (Alta.)*, 2003 ABCA 256, 330 A.R. 262; *Horsefield c. Ontario (Registrar of Motor Vehicles)* (1999), 44 O.R. (3d) 73 (C.A.). Il ressort clairement de cette jurisprudence qu'une loi provinciale n'empiète pas sur la compétence fédérale en matière de droit criminel du seul fait qu'elle a pour objet de cibler une conduite qui est également visée par le *Code criminel*.

[33] Cette jurisprudence est conforme à la conception moderne du fédéralisme, laquelle reconnaît les inévitables chevauchements de compétences : *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 42. Comme l'a fait remarquer la Cour, les tribunaux devraient privilégier, dans la mesure du possible, « l'application régulière des lois édictées par les deux ordres de gouvernement » : *ibid.*, par. 37 (en italique dans l'original). Il importe également de préciser que le procureur général du Canada intervient pour faire valoir que cette loi relève de la compétence législative provinciale : m.i., par. 12. Lorsqu'un procureur général intervient pour appuyer l'exercice de la compétence d'une autre législature, « la Cour devrait se montrer prudente avant de conclure que les dispositions contestées excèdent la compétence de la province » : *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146, par. 73; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, p. 19-20.

[34] The chambers judge reviewed the evidence and concluded that “there is a legitimate, substantial and pressing reason for the Province to regulate highway safety and the licensing of drivers to remove impaired drivers from the roads”: chambers judge’s reasons, at para. 84. I agree. The chambers judge concluded that the pith and substance of the ARP scheme is the licensing of drivers, the enhancement of traffic safety and the deterrence of persons from driving while impaired by alcohol. Again, I agree. While the ARP scheme represents a more aggressive approach by the Province than the ADP scheme, it nonetheless retains its character. As this Court noted in *Chatterjee*, deterrence can be a purpose of provincial law: para. 3. There can be no doubt that the matter falls within the provincial power over property and civil rights in the province. From a division of powers standpoint, the legislation is valid.

B. Does the ARP Scheme Create an “Offence” Within the Meaning of Section 11 of the Charter?

[35] Section 11 of the *Charter* guarantees certain procedural protections to individuals charged with an offence. Section 11(*d*) provides:

11. Any person charged with an offence has the right

. . . .

(*d*) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

[36] The chambers judge concluded that the ARP scheme does not create an offence within the meaning of s. 11(*d*). The Court of Appeal upheld that decision.

[37] Mr. Goodwin submits that the ARP scheme both engages and infringes his rights under s. 11(*d*) of the *Charter*. He argues that the test for an “offence” under s. 11 must be purposive; the form of

[34] Le juge en chambre a examiné la preuve et conclu que [TRADUCTION] « la Province a des motifs légitimes, sérieux et urgents de réglementer la sécurité routière et la délivrance de permis de conduire afin de chasser les conducteurs aux facultés affaiblies des routes » : motifs du juge en chambre, par. 84. Je partage son avis. Le juge en chambre a conclu que le RIAC, de par son caractère véritable, vise à délivrer des permis de conduire, à renforcer la sécurité routière et à dissuader les gens de conduire avec les facultés affaiblies par l’alcool. Là encore, je suis d’accord. Bien que le RIAC constitue une mesure provinciale plus musclée que le régime d’IAC, il conserve néanmoins son caractère. Comme l’a fait remarquer la Cour dans *Chatterjee*, la dissuasion peut être un objectif du droit provincial : par. 3. Il ne fait aucun doute que la matière relève de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils dans la province. Du point de vue du partage des pouvoirs, la loi est valide.

B. Le RIAC crée-t-il une infraction visée par l’art. 11 de la Charte?

[35] L’article 11 de la *Charte* garantit certaines mesures de protection procédurales aux inculpés. Il prévoit ce qui suit à son al. *d*) :

11. Tout inculpé a le droit :

. . . .

d) d’être présumé innocent tant qu’il n’est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l’issue d’un procès public et équitable;

[36] Le juge en chambre a conclu que le RIAC ne crée pas une infraction visée par l’al. 11(*d*). La Cour d’appel a confirmé cette décision.

[37] Monsieur Goodwin soutient que le RIAC fait intervenir ses droits garantis par l’al. 11(*d*) de la *Charte* et y porte atteinte. Il affirme que le critère servant à déterminer s’il existe une infraction visée

proceedings should not be given undue weight; and the analysis should focus on whether the law's effects engage the public interest in suppressing crime and promoting public order and welfare: A.F., at paras. 88 and 91. In his view, the lower courts applied the analytical guide set out by this Court in *Martineau v. M.N.R.*, 2004 SCC 81, [2004] 3 S.C.R. 737, in a formalistic way. Properly understood, Mr. Goodwin argues, the purpose of crime suppression engages s. 11 in hybrid regimes like the ARP scheme. He argues that the cumulative impact of the penalties demonstrates that the ARP scheme creates an offence.

[38] For its part, the Province submits that this Court's decision in *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, has already established that "proceedings undertaken to determine fitness to obtain or maintain a licence" are not offences under s. 11: p. 560. In its view, this is dispositive of the s. 11 issue. The ARP scheme is not by nature a penal or criminal proceeding and does not impose true penal consequences.

[39] I would not give effect to this ground of appeal. I agree with the courts below that the ARP scheme does not create an "offence" within the meaning of s. 11 of the *Charter*.

[40] This Court recently reviewed and reaffirmed the s. 11 analytical framework developed in *Wigglesworth* and *Martineau*: see *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3. In *Wigglesworth*, this Court concluded that s. 11 protections only apply to persons "prosecuted by the State for public offences involving punitive sanctions, i.e., criminal, quasi-criminal and regulatory offences, either federally or provincially enacted": p. 554. Writing for the majority, Wilson J. stated that a matter falls within s. 11 where "by its very nature it is a criminal proceeding" or where a conviction "may lead to a true penal consequence": p. 559. By contrast, administrative matters "instituted for the

par l'art. 11 doit être téléologique, qu'il ne faudrait pas accorder trop de poids à la forme des procédures et que l'analyse devrait être axée sur la question de savoir si les effets de la loi mettent en jeu l'intérêt public à réprimer la criminalité et à promouvoir l'ordre et le bien-être publics : m.a., par. 88 et 91. À son avis, les tribunaux d'instance inférieure ont appliqué d'une façon formaliste le guide d'analyse établi par la Cour dans *Martineau c. M.R.N.*, 2004 CSC 81, [2004] 3 R.C.S. 737. Monsieur Goodwin estime que, lorsqu'on l'interprète correctement, l'objectif de répression de la criminalité fait intervenir l'art. 11 dans le cas des régimes hybrides comme le RIAC. Toujours selon lui, l'effet cumulatif des sanctions démontre que ce régime crée une infraction.

[38] Pour sa part, la Province soutient que la Cour a déjà établi, dans *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, que « les procédures engagées pour déterminer l'aptitude à obtenir ou à conserver un permis » ne constituent pas des infractions visées par l'art. 11 : p. 560. À son avis, cela règle la question de l'art. 11. Le RIAC n'est pas, de par sa nature même, une procédure pénale ou criminelle et n'impose pas de véritables conséquences pénales.

[39] Je suis d'avis de ne pas retenir ce moyen d'appel. Je conviens avec les tribunaux d'instance inférieure que le RIAC ne crée pas une infraction visée par l'art. 11 de la *Charte*.

[40] La Cour a récemment examiné et confirmé le cadre d'analyse fondé sur l'art. 11 établi dans les arrêts *Wigglesworth* et *Martineau* : voir *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3. Dans l'arrêt *Wigglesworth*, la Cour a conclu que les mesures de protection de l'art. 11 s'appliquent uniquement aux personnes « que l'État poursuit pour des infractions publiques comportant des sanctions punitives, c.-à-d. des infractions criminelles, quasi criminelles et de nature réglementaire, qu'elles aient été édictées par le gouvernement fédéral ou par les provinces » : p. 554. S'exprimant au nom de la majorité, la juge Wilson a affirmé qu'une affaire relève de l'art. 11 lorsque, « de par sa nature même,

protection of the public in accordance with the policy of a statute” do not attract s. 11 protections: p. 560.

[41] While administrative and criminal proceedings both have public purposes, they are fundamentally different. Administrative regimes “are primarily intended to maintain discipline, professional integrity and professional standards or to regulate conduct within a limited private sphere of activity”: *Wigglesworth*, at p. 560. Criminal matters, on the other hand, are public in nature, and aim to redress the wrong done to society by applying the principles of retribution and denunciation in an open courtroom. In *Martineau*, Fish J. set out three factors to consider when determining whether a proceeding is criminal in nature:

To determine the nature of the proceeding, the case law must be reviewed in light of the following criteria: (1) the objectives of the [legislation]; (2) the purpose of the sanction; and (3) the process leading to imposition of the sanction. [para. 24]

[42] In my view, the chambers judge properly applied the *Wigglesworth* and *Martineau* considerations. While I agree that an offence is defined by both procedural and substantive elements, I cannot view a proceeding under the ARP as “by its very nature . . . a criminal proceeding”.

[43] The ARP scheme imposes a driving prohibition coupled with a monetary penalty. It is not concerned with addressing the harm done to society in a public forum; instead, its focus is on the regulation of drivers and licensing, and the maintenance of highway safety. Although it has a relationship with the criminal law, in the sense that it relies on *Criminal Code* seizure powers and is administered

il s’agit d’une procédure criminelle » ou lorsqu’une déclaration de culpabilité « est susceptible d’entraîner une véritable conséquence pénale » : p. 559. À l’opposé, les procédures de nature administrative « engagées pour protéger le public conformément à la politique générale d’une loi » ne font pas intervenir les mesures de protection prévues à l’art. 11 : p. 560.

[41] Bien que les procédures criminelles et celles de nature administrative servent toutes deux des objectifs publics, elles sont fondamentalement différentes. Les régimes administratifs « sont principalement destiné[s] à maintenir la discipline, l’intégrité professionnelle ainsi que certaines normes professionnelles, ou à réglementer la conduite dans une sphère d’activité privée et limitée » : *Wigglesworth*, p. 560. Les poursuites criminelles, en revanche, sont de nature publique et visent à réparer le tort causé à la société en appliquant les principes du châtement et de la réprobation en audience publique. Dans *Martineau*, le juge Fish a énoncé trois facteurs à prendre en compte au moment de déterminer si une procédure est de nature criminelle :

Pour déterminer la nature de la procédure, un examen de la jurisprudence sous l’éclairage des critères suivants s’impose : (1) les objectifs de la [loi]; (2) le but visé par la sanction; (3) le processus menant à la sanction. [par. 24]

[42] À mon sens, le juge en chambre a correctement appliqué les facteurs établis dans *Wigglesworth* et *Martineau*. Je reconnais qu’une infraction est définie tant par des éléments de procédure que des éléments de fond, mais je ne saurais considérer que la poursuite engagée en application du RIAC est, « de par sa nature même, [. . .] une procédure criminelle ».

[43] Le RIAC impose une interdiction de conduire de même qu’une sanction pécuniaire. Il ne vise pas à réparer en audience publique le tort causé à la société; il vise plutôt à encadrer les conducteurs et la délivrance de permis et à assurer la sécurité routière. Même si le régime a un lien avec le droit criminel, en ce sens qu’il dépend des pouvoirs de saisie prévus par le *Code criminel* et est appliqué par la police, il

by police, the scheme is more accurately characterized as a proceeding of an administrative nature. As the chambers judge noted, the proceedings arising under the ARP scheme do not take the form of prosecutions. No criminal records result. The proceedings are initiated by the drivers themselves. It is evident that the process is not criminal in the manner contemplated in *Martineau*: para. 45; see also *Guindon*, at paras. 63-65.

[44] Administrative regimes do not attract s. 11 protections: *Martineau*, at paras. 22-23. “This Court has often cautioned against the direct application of criminal justice standards in the administrative law area”: *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, at para. 88.

[45] Nor are the consequences truly penal. While a 90-day suspension is a meaningful consequence for a licensing violation, and the approximately \$4,000 in possible costs and penalties are significant, they are not sufficient to engage the fair-trial rights embodied by s. 11 — rights that, after all, are some of the most fundamental in our legal system. I note that financial penalties considerably more severe than those at issue here have been found to not constitute true penal consequences: see, e.g., *Rowan v. Ontario Securities Commission*, 2012 ONCA 208, 110 O.R. (3d) 492; *Canada (Attorney General) v. United States Steel Corp.*, 2011 FCA 176, 333 D.L.R. (4th) 1; *Lavallee v. Alberta Securities Commission*, 2010 ABCA 48, 474 A.R. 295.

[46] Whether such penalties amount to penal consequences must of course be assessed relative to the conduct in question and the regulatory objective. The driving prohibition relates directly to the regulatory terms and conditions under which a person may be licensed to drive. Vehicle impoundment is directly related to the removal of drivers from the road, and drivers may apply to the Superintendent for review, including on compassionate and economic hardship grounds: *MVA*, ss. 262 and 263. The

est plus exact de le qualifier de procédure de nature administrative. Comme l’a noté le juge en chambre, les procédures découlant du RIAC ne prennent pas la forme de poursuites pénales. Aucun casier judiciaire n’en résulte. Les procédures sont engagées par les conducteurs eux-mêmes. De toute évidence, le processus n’est pas de nature criminelle suivant les critères énoncés dans *Martineau* : par. 45; voir aussi *Guindon*, par. 63-65.

[44] Les régimes administratifs ne font pas intervenir les mesures de protection de l’art. 11 : *Martineau*, par. 22-23. « Notre Cour a souvent fait des mises en garde contre l’application directe en droit administratif des normes de la justice criminelle » : *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, par. 88.

[45] Les conséquences ne sont pas non plus véritablement pénales. Bien qu’une suspension de 90 jours représente une conséquence importante pour quiconque viole un régime de permis, et que l’imposition potentielle d’environ 4 000 \$ en frais et sanctions soit sévère, ces conséquences ne sont pas suffisantes pour mettre en jeu les droits à un procès équitable consacrés à l’art. 11 — des droits qui, après tout, sont parmi les plus fondamentaux de notre système juridique. Je signale que des sanctions pécuniaires bien plus sévères que celles en cause dans la présente affaire n’ont pas été considérées comme de véritables conséquences pénales : voir, p. ex., *Rowan c. Ontario Securities Commission*, 2012 ONCA 208, 110 O.R. (3d) 492; *United States Steel Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 176; *Lavallee c. Alberta Securities Commission*, 2010 ABCA 48, 474 A.R. 295.

[46] Bien entendu, la question de savoir si de telles pénalités sont assimilables à des conséquences pénales doit être évaluée à l’aune du comportement en cause et de l’objectif de réglementation. L’interdiction de conduire se rapporte directement aux modalités et conditions réglementaires selon lesquelles une personne peut être autorisée à conduire. La saisie de véhicule est directement liée à l’objectif de débarrasser la route de certains conducteurs, et les conducteurs peuvent présenter une demande de révision au

fine is capped at \$500: *Motor Vehicle Act Regulations*, B.C. Reg. 26/58, s. 43.09. The remaining costs are tied to the various remedial programs, including installation of an ignition interlock device, and are incidental to the scheme's objective of getting drivers and vehicles off the road. Such costs can hardly be considered to be penal, particularly when viewed in light of the public interest in removing a drunk driver from a roadway once detected.

[47] In summary, the ARP scheme does not create an "offence" within the meaning of s. 11 of the *Charter*. Thus, the protections of s. 11 are not engaged in this case.

C. *Does the ARP Scheme Infringe Section 8 of the Charter?*

[48] Section 8 of the *Charter* provides that "[e]veryone has the right to be secure against unreasonable search or seizure." This right is engaged where the state conducts a search or seizure that interferes with an individual's reasonable expectation of privacy. The expectation of privacy is a normative concept, reflecting the level of privacy that we, as a society, should reasonably expect in a given circumstance: *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390, at para. 44; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 42. It is not merely a function of how much privacy a person may expect or enjoy with respect to their person, space or belongings. Where a search or seizure engages the protection of s. 8, a reviewing court must determine whether the search or seizure is reasonable. In this regard, (1) the search or seizure must be authorized by law, (2) the law itself must be reasonable, and (3) the search or seizure must be carried out in a reasonable manner: *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51, at para. 10; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278. It is argued that neither of the first two requirements is met in this case.

Surintendant, notamment pour des motifs de compassion et de difficultés financières : *MVA*, art. 262 et 263. L'amende est plafonnée à 500 \$: *Motor Vehicle Act Regulations*, B.C. Reg. 26/58, art. 43.09. Les autres frais sont liés aux divers programmes correctifs, y compris l'installation d'un antidémarrateur, et ils sont accessoires à l'objectif du régime qui consiste à chasser certains conducteurs et véhicules de la route. On peut difficilement considérer ces frais comme étant d'ordre pénal, surtout à la lumière de l'intérêt du public à ce qu'un conducteur en état d'ébriété, une fois identifié, ne puisse pas prendre la route.

[47] En somme, le RIAC ne crée pas une infraction visée par l'art. 11 de la *Charte*. Par conséquent, les mesures de protection de l'art. 11 n'entrent pas en jeu en l'espèce.

C. *Le RIAC porte-t-il atteinte à l'art. 8 de la Charte?*

[48] L'article 8 de la *Charte* prévoit que « [c]hacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. » Ce droit entre en jeu lorsque l'État fait une fouille, une perquisition ou une saisie qui porte atteinte à l'attente raisonnable d'une personne en matière de vie privée. L'attente en matière de vie privée est un concept normatif qui reflète le niveau de protection de la vie privée auquel nous devrions, en tant que société, raisonnablement nous attendre dans une situation donnée : *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390, par. 44; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 42. Il ne s'agit pas simplement du degré de protection de la vie privée auquel un particulier peut s'attendre ou dont il peut jouir à l'égard de sa personne, de son espace ou de ses biens. Lorsqu'une fouille, une perquisition ou une saisie met en jeu la protection de l'art. 8, la cour de révision doit décider si la fouille, la perquisition ou la saisie est raisonnable. À cet égard, (1) la fouille, perquisition ou saisie doit être autorisée par la loi; (2) la loi elle-même doit n'avoir rien d'abusif; (3) la fouille, perquisition ou saisie ne doit pas être effectuée d'une manière abusive : *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 10; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278. On soutient que ni l'une ni l'autre des deux premières conditions n'est remplie en l'espèce.

(1) Is Section 8 Engaged?

[49] Section 215.41(3) of the *MVA* provided at the relevant time:

(3) If, at any time or place on a highway or industrial road,

- (a) a peace officer makes a demand to a driver under the *Criminal Code* to provide a sample of breath for analysis by means of an approved screening device and the approved screening device registers a warn or a fail, and
- (b) the peace officer has reasonable grounds to believe, as a result of the analysis, that the driver's ability to drive is affected by alcohol,

the peace officer, or another peace officer, must,

- (c) if the driver holds a valid licence or permit . . . take possession of the driver's licence, permit . . . if the driver has it in his or her possession, and
- (d) serve on the driver a notice of driving prohibition.

[50] It is undisputed before this Court that the roadside breath demand constitutes a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*.⁴

[51] It is also undisputed before this Court that drivers of vehicles have some expectation of privacy in their breath, even if a diminished one. The factors identified by this Court as "helpful markers" in *Tessling*, at paras. 43-62, support this conclusion. The seizure occurs in a vehicle (*R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at paras. 111 and 113); in the highly regulated context of driving on a public highway (*R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, at pp. 647-48); and is relatively non-intrusive (*Grant*, at para. 111). While these factors support a diminished expectation of privacy, they do not eliminate any residual privacy interest in one's breath. Thus the demand to breathe into a roadside screening device constitutes a seizure that infringes

(1) L'article 8 entre-t-il en jeu?

[49] Le paragraphe 215.41(3) de la *MVA* prévoyait à l'époque :

[TRADUCTION]

(3) Si, en tout temps ou en tout lieu sur une route ou une route industrielle :

- (a) un agent de la paix ordonne à un conducteur en vertu du *Code criminel* de fournir un échantillon d'haleine pour analyse au moyen d'un appareil de détection approuvé et celui-ci affiche un avertissement ou un échec;
- (b) l'agent de la paix a des motifs raisonnables de croire, par suite de l'analyse, que les facultés du conducteur sont affaiblies par l'alcool,

l'agent de la paix, ou un autre agent de la paix, doit prendre les mesures suivantes :

- (c) si le conducteur détient un permis valide [. . .] prendre possession du permis du conducteur [. . .] si ce dernier l'a en sa possession;
- (d) signifier au conducteur un avis d'interdiction de conduire.

[50] Il n'est pas contesté devant la Cour que la demande d'alcootest constitue une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*.⁴

[51] Personne ne conteste non plus devant la Cour que les conducteurs de véhicules ont une certaine attente en matière de vie privée concernant leur haleine, même si elle est réduite. Les facteurs qualifiés de « repères utiles » par la Cour aux par. 43-62 de l'arrêt *Tessling* étayaient cette conclusion. La saisie a lieu dans un véhicule (*R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 111 et 113); dans le contexte très réglementé de la conduite automobile sur la voie publique (*R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, p. 647-648); et est relativement peu envahissante (*Grant*, par. 111). Bien que ces facteurs militent en faveur d'une attente réduite en matière de vie privée, ils n'éliminent pas le droit résiduel d'une personne à la protection de sa vie privée concernant

⁴ The respondents Chisholm et al. characterize the ARP scheme as a coupled search and seizure power: see R.F., at para. 39.

⁴ Les intimés Chisholm et autres qualifient le RIAC de pouvoir mixte de fouille, de perquisition et de saisie : voir m.i., par. 39.

on an individual's reasonable expectation of privacy. The protection of s. 8 is engaged.

(2) Is the Seizure Authorized by the Provincial Law?

[52] The Province argues that it is not the impugned provisions of the *MVA* that engage a driver's s. 8 rights because the ARP scheme does not itself authorize a seizure. Instead, the regime relies on s. 254(2) of the *Criminal Code* to authorize a roadside breath demand. In the Province's view, a challenge to the *Charter* compliance of the breath demand must therefore attack s. 254(2) of the *Criminal Code*, and not s. 215.41(3)(a) of the provincial *MVA*.

[53] I do not agree. Such a narrow understanding of whether the seizure is "authorized by law" would insulate the province from s. 8 scrutiny over any use of a *Criminal Code* search power. It would also be inconsistent with the flexible and purposive interpretation, focused on protecting people and not places, that s. 8 demands: *McKinlay Transport Ltd.*, at p. 647, per Wilson J.; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 158-59. The analysis of a search or seizure under s. 8 is a contextual inquiry: *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554, at para. 26. It requires regard to the purpose for which the seizure occurs, and to the statutory provisions that set out the grounds, means and consequences of the seizure. A search or seizure can be valid for one purpose and not for another.

[54] Although the Province relies on the *Criminal Code* to authorize the breath demand, the purpose and consequences of the seizure are established in the ARP scheme, in the *MVA*. The seizure thus takes its colour from the provincial legislation, and cannot be read in isolation from that scheme. For

son haleine. Ainsi, la demande de souffler dans un alcootest constitue une saisie qui porte atteinte à l'attente raisonnable d'une personne en matière de vie privée. La protection de l'art. 8 entre en jeu.

(2) La saisie est-elle autorisée par la loi provinciale?

[52] La Province fait valoir que ce ne sont pas les dispositions contestées de la *MVA* qui font intervenir les droits garantis au conducteur par l'art. 8 parce que le RIAC n'autorise pas en soi une saisie. Le régime s'en remet plutôt au par. 254(2) du *Code criminel* pour autoriser une demande d'alcootest. De l'avis de la Province, une contestation de la conformité à la *Charte* d'une demande d'échantillon d'haleine doit par conséquent viser le par. 254(2) du *Code criminel*, et non l'al. 215.41(3) a) de la *MVA* provinciale.

[53] Je ne suis pas d'accord avec elle. Une interprétation aussi étroite de la question de savoir si la saisie est « autorisée par la loi » mettrait la province à l'abri de l'examen, fondé sur l'art. 8, de tout exercice d'un pouvoir de fouille prévu par le *Code criminel*. Elle serait en outre incompatible avec l'interprétation souple et fondée sur l'objet visé, axée sur la protection des personnes et non des lieux, qu'exige l'art. 8 : *McKinlay Transport Ltd.*, p. 647, la juge Wilson; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 158-159. L'analyse d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie en application de l'art. 8 est de nature contextuelle : *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554, par. 26. Elle exige qu'il soit tenu compte de l'objet pour lequel la saisie est faite et des dispositions législatives qui établissent les motifs, les moyens et les conséquences de la saisie. Une fouille, une perquisition ou une saisie peut être valide pour un objet mais pas pour un autre.

[54] Bien que la Province se fonde sur le *Code criminel* pour autoriser la demande d'échantillon d'haleine, l'objet et les conséquences de la saisie sont établis dans le RIAC, dans la *MVA*. La saisie tire donc son caractère de la loi provinciale et ne peut être considérée indépendamment de ce régime.

the purposes of s. 8, it is the ARP scheme that authorizes the seizure of the breath sample, and it is thus subject to *Charter* scrutiny on this basis.

(3) Is the Seizure in the ARP Scheme Reasonable?

[55] As Dickson J. wrote for a unanimous court in *Hunter*, at pp. 159-60, assessing whether the law authorizing a search or seizure is reasonable requires determining

whether in a particular situation the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement.

The protection s. 8 provides for an individual's privacy — personal, territorial and informational — is essential not only to human dignity, but also to the functioning of our democratic society. At the same time, s. 8 permits *reasonable* searches and seizures in recognition that the state's legitimate interest in advancing its goals or enforcing its laws will sometimes require a degree of intrusion into the private sphere. The tension articulated in *Hunter* between the competing individual and state interests, and the adequacy of the safeguards provided, remain foundational to this analysis.

[56] Searches or seizures conducted without a warrant — such as the seizure underpinning the ARP scheme — are presumptively unreasonable: *Hunter*, at p. 161. The burden of establishing reasonableness thus rests with the state.

[57] This Court has generally declined to set out a “hard and fast” test of reasonableness: see *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 495. In my view, this flexible approach remains compelling. This Court has nonetheless identified certain considerations that may be helpful in the reasonableness analysis, including “the nature and the purpose

Pour l'application de l'art. 8, c'est le RIAC qui autorise la saisie de l'échantillon d'haleine, et il est donc assujéti à l'examen fondé sur la *Charte* pour ce motif.

(3) La saisie prévue par le RIAC est-elle raisonnable?

[55] Comme l'a écrit le juge Dickson aux p. 159-160 de l'arrêt unanime *Hunter*, pour déterminer si la loi qui autorise une fouille, une perquisition ou une saisie est raisonnable, il faut apprécier

si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi.

La protection que l'art. 8 accorde à la vie privée — personnelle, territoriale et informationnelle — d'un particulier est essentielle non seulement à la dignité humaine, mais aussi au fonctionnement de notre société démocratique. Parallèlement, l'art. 8 permet les fouilles, les perquisitions et les saisies *raisonnables*, reconnaissant que le droit légitime de l'État de réaliser ses fins ou d'appliquer ses lois nécessitera parfois une certaine intrusion dans la sphère privée. Le tiraillement mis en évidence dans *Hunter* entre les intérêts opposés de l'individu et de l'État, et le caractère suffisant des mesures de protection prévues, demeurent fondamentaux pour cette analyse.

[56] Les fouilles, les perquisitions ou les saisies sans mandat — comme la saisie sur laquelle repose le RIAC — sont présumées abusives : *Hunter*, p. 161. Le fardeau d'établir le caractère raisonnable incombe donc à l'État.

[57] La Cour a généralement refusé d'énoncer un critère « absolu » du caractère raisonnable : voir *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, p. 495. À mon sens, cette approche souple demeure avérée. La Cour a néanmoins relevé certaines considérations qui peuvent être utiles dans l'analyse du caractère raisonnable, dont « la nature et

of the legislative scheme . . . , the mechanism . . . employed and the degree of its potential intrusiveness[,] and the availability of judicial supervision”: *Del Zotto v. Canada*, [1997] 3 F.C. 40 (C.A.), per Strayer J.A., in dissenting reasons adopted by this Court in [1999] 1 S.C.R. 3.

(a) *Purpose of the ARP Scheme*

[58] The objective of removing impaired drivers from the roads is compelling. As the intervener Mothers Against Drunk Driving argues, impaired driving is responsible for a devastating number of injuries and deaths annually in Canada, a burden of risk that falls disproportionately to young people.⁵ The ARP scheme was introduced as part of the Province’s objective of reducing driving fatalities caused by alcohol by 35 percent by the end of 2013.⁶

[59] The seizure of a driver’s breath through a roadside ASD analysis is the first step in the Province’s regulatory response to impaired driving, one that permits the Province to both identify and suspend the licences of drivers whose blood alcohol concentration exceeds 0.05. The breath demand is a critical component of the Province’s efforts to protect British Columbians from impaired drivers by suspending the privilege of driving for those who drive while impaired. This compelling purpose of preventing death and serious injuries on public highways weighs heavily in favour of the reasonableness of the breath seizure.

(b) *Nature of the ARP Scheme*

[60] This Court has recognized from its earliest s. 8 jurisprudence that the characterization of a search or seizure as either criminal or regulatory is

⁵ I.F., at para. 1, citing to S. Pitel and R. Solomon, “Estimating the Number and Cost of Impairment-Related Traffic Crashes in Canada: 1999 to 2010” (April 2013).

⁶ Chambers judge’s reasons, at para. 266.

l’objet du régime législatif [. . .]; le mécanisme employé [. . .] et le degré d’empiétement possible de ce mécanisme; et l’existence d’une supervision judiciaire » : *Del Zotto c. Canada*, [1997] 3 C.F. 40 (C.A.), le juge Strayer, dans ses motifs dissidents adoptés par la Cour dans [1999] 1 R.C.S. 3.

a) *L’objet du RIAC*

[58] L’objectif de chasser des routes les conducteurs aux facultés affaiblies est impérieux. Comme le fait valoir l’intervenante Les mères contre l’alcool au volant, la conduite avec facultés affaiblies est responsable d’un nombre alarmant de blessures et de décès chaque année au Canada, un risque auquel les jeunes sont exposés de façon disproportionnée⁵. Le RIAC a été mis en place dans le cadre de l’objectif de la Province de réduire les décès causés par l’alcool au volant de 35 pour 100 au plus tard à la fin de 2013⁶.

[59] La saisie de l’échantillon d’haleine d’un conducteur au moyen d’une analyse effectuée à l’aide d’un ADA lors d’un contrôle routier est la première étape de la réponse réglementaire de la Province à la conduite avec facultés affaiblies, réponse qui permet à la Province de repérer les conducteurs dont l’alcoolémie est supérieure à 0,05 et de suspendre leur permis. La demande d’échantillon d’haleine est un élément crucial des efforts déployés par la Province pour protéger les Britanno-Colombiens des conducteurs aux facultés affaiblies, en révoquant le privilège de conduire à ceux et à celles qui conduisent avec les facultés affaiblies. Cet objet impérieux d’empêcher les décès et les blessures graves sur les voies publiques milite fortement en faveur du caractère raisonnable de la saisie d’un échantillon d’haleine.

b) *La nature du RIAC*

[60] La Cour a reconnu dans ses premiers arrêts sur l’art. 8 que le caractère criminel ou réglementaire attribué à une fouille, à une perquisition ou à une

⁵ m.i., par. 1, où elle cite S. Pitel et R. Solomon, « Conduite avec facultés affaiblies – Estimation du nombre de collisions et des coûts afférents, 1999 à 2010 » (avril 2013).

⁶ Motifs du juge en chambre, par. 266.

relevant in assessing its reasonableness. Where an impugned law's purpose is regulatory and not criminal, it may be subject to less stringent standards: see *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, at para. 52; *McKinlay Transport Ltd.*, at p. 647, per Wilson J.; *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757. As noted above, the proper characterization of the ARP scheme and the seizure of a driver's breath were hotly contested throughout these proceedings.

[61] The chambers judge identified a number of similarities between the ARP scheme and the criminal law, and concluded that although the scheme "is not criminal law for the purposes of the division of powers analysis, it is fair to say that it is not far removed as a matter of practice": para. 281. He also noted that, unlike many of the regulatory searches or seizures considered in the case law, the ARP scheme involves a seizure of a breath sample rather than a search or seizure of documents, and that the results of the seizure are not simply evidence that may be used at a subsequent proceeding, but are instead determinative of the resulting consequences, some of which are quite severe: paras. 281-84. These are all relevant considerations.

[62] The ASD test is the sole basis for the penalties and suspensions provided for in the ARP scheme. This is markedly different from the criminal context, in which the ASD test is only the first part in the *Criminal Code*'s two-step process for investigating drunk-driving offences. At this first stage, an officer need only have a reasonable suspicion that the driver has alcohol in their body: *R. v. Lindsay* (1999), 134 C.C.C. (3d) 159 (Ont. C.A.); *R. v. Butchko*, 2004 SKCA 159, [2005] 11 W.W.R. 95. However, these reduced protections for drivers at the roadside screening stage are counterbalanced by limitations on the use to which a potentially unreliable ASD result can be put. It has the limited role of constituting the grounds for a further breath demand, conducted using a breathalyser at a police station, and cannot

saisie est pertinent lorsqu'il s'agit d'en apprécier le caractère raisonnable. Lorsque l'objet de la loi contestée est de nature réglementaire et non criminelle, des normes moins sévères peuvent s'appliquer : voir *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, par. 52; *McKinlay Transport Ltd.*, p. 647, la juge Wilson; *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757. Comme je l'ai déjà dit, la qualification correcte du RIAC et de la saisie d'un échantillon d'haleine d'un conducteur a fait l'objet d'un âpre débat tout au long de l'instance.

[61] Le juge en chambre a relevé plusieurs similitudes entre le RIAC et le droit criminel et a conclu que, même si le régime [TRADUCTION] « ne ressortit pas au droit criminel pour les besoins de l'analyse du partage des compétences, il est juste de dire qu'il n'en est pas très éloigné en pratique » : par. 281. Il a également fait remarquer que, contrairement à bon nombre des fouilles, perquisitions ou saisies de nature réglementaire examinées dans la jurisprudence, le RIAC implique la saisie d'un échantillon d'haleine plutôt qu'une fouille, une perquisition ou une saisie de documents, et que les résultats de la saisie ne constituent pas simplement des éléments de preuve qui peuvent être utilisés dans un procès subséquent; ils sont plutôt déterminants quant aux conséquences qui en découlent, dont certaines sont assez graves : par. 281-284. Ces considérations sont toutes pertinentes.

[62] L'analyse effectuée au moyen d'un ADA est le seul fondement des sanctions et des suspensions prévues par le RIAC, ce qui est nettement différent du contexte criminel, où l'analyse effectuée au moyen d'un ADA ne constitue que la première étape de la procédure à deux volets établie dans le *Code criminel* pour enquêter sur des infractions de conduite en état d'ébriété. À ce premier stade, le policier n'a qu'à soupçonner raisonnablement le conducteur d'avoir de l'alcool dans son organisme : *R. c. Lindsay* (1999), 134 C.C.C. (3d) 159 (C.A. Ont.); *R. c. Butchko*, 2004 SKCA 159, [2005] 11 W.W.R. 95. Toutefois, ces protections réduites pour les conducteurs à l'étape de la détection routière sont contrebalancées par des restrictions imposées à l'utilisation que l'on peut faire du résultat (potentiellement non

alone establish an offence under the *Criminal Code*: s. 254(3).

[63] Driving on highways is, of course, a highly regulated activity, and drivers expect that the rules of the road will be enforced. This reality, combined with the scheme's location within a broader regulatory framework targeting driving and highway safety, supports characterizing the regime as regulatory and applying a more flexible standard in assessing its reasonableness. However, other features of the scheme suggest that closer scrutiny is required to ensure the state does not unreasonably interfere with a driver's privacy interest. First, while the breath seizure occurs for a regulatory purpose, it nonetheless has certain criminal-like features, such as its administration by a police officer pursuant to *Criminal Code* authorization. Second, while the consequences that follow a "fail" reading or the failure to provide a sample are not criminal, they are immediate and serious, and arise without a further test using a (more reliable) breathalyser.

(c) *The Mechanism of Seizure: The ASD Test*

[64] The mechanism for determining whether a driver's blood alcohol concentration exceeds the relevant limits is a roadside test using an ASD. The specific features of the ASD test are relevant to the reasonableness analysis in two respects.

[65] The first is the degree of intrusiveness of the ASD test on a driver's bodily integrity and privacy interests. More intrusive than a demand for documents, a breath demand clearly amounts to what La Forest J. described as "the use of a person's body without his consent to obtain information about him" by which the state "invades an area of

fiable) d'un ADA. Ce résultat a pour fonction limitée de justifier une autre analyse d'échantillon d'haleine, effectuée au moyen d'un alcootest dans un poste de police, et ne peut à lui seul établir une infraction au *Code criminel* : par. 254(3).

[63] Bien entendu, la conduite automobile sur une voie publique est une activité très réglementée, et les conducteurs s'attendent à ce que le code de la route soit appliqué. Cette réalité, conjuguée au fait que le régime s'inscrit dans un cadre réglementaire plus large visant la conduite et la sécurité routière, permet de qualifier le régime de réglementaire et d'appliquer une norme plus souple pour en apprécier le caractère raisonnable. Toutefois, d'autres éléments du régime tendent à indiquer qu'un examen plus attentif est nécessaire pour empêcher que l'État porte abusivement atteinte au droit d'un conducteur à la vie privée. Premièrement, bien que la saisie d'un échantillon d'haleine se fasse à des fins réglementaires, elle possède néanmoins des caractéristiques qui s'apparentent au droit criminel, comme le fait qu'elle soit administrée par un policier conformément à une autorisation accordée par le *Code criminel*. Deuxièmement, si les conséquences du résultat « échec » ou du défaut de fournir un échantillon d'haleine ne sont pas criminelles, elles sont néanmoins immédiates et graves et surviennent sans qu'une autre analyse ne soit effectuée au moyen d'un alcootest (plus fiable).

c) *Le mécanisme de saisie : l'analyse effectuée au moyen d'un ADA*

[64] Pour déterminer si l'alcoolémie d'un conducteur dépasse la limite permise, on administre un alcootest au moyen d'un ADA. Les caractéristiques précises de l'analyse effectuée au moyen d'un ADA sont pertinentes pour juger du caractère raisonnable à deux égards.

[65] Le premier est le degré d'atteinte de l'analyse effectuée au moyen d'un ADA à l'intégrité physique et au droit à la vie privée d'un conducteur. Plus envahissante qu'une demande de documents, une demande d'échantillon d'haleine équivaut clairement à ce que le juge La Forest a décrit comme « l'utilisation du corps d'une personne, sans son

personal privacy essential to the maintenance of his human dignity”: *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 431-32. However, a roadside ASD test is far less intrusive than many other searches or seizures that may be performed for law enforcement purposes, such as the blood sample at issue in *Dymont*, or a DNA swab, which contains deeply personal information: *R. v. S.A.B.*, 2003 SCC 60, [2003] 2 S.C.R. 678, at para. 48. The roadside breath demand authorized by the *Criminal Code* has a much less significant impact on an individual’s bodily integrity and privacy interests: *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, at para. 90. This minimally intrusive character supports the reasonableness of the ASD seizure.

[66] However, the use of an ASD to obtain a breath sample also raises concerns that undermine the reasonableness of the seizure, specifically regarding the reliability of test results. The chambers judge concluded, based upon the evidence, that owing to an ASD’s inability to account for the presence of mouth alcohol, “in some circumstances there can be serious issues concerning whether an ASD accurately reflects blood-alcohol readings”: paras. 286-92.

[67] The reliability of a search or seizure mechanism is directly relevant to the reasonableness of the search or seizure itself: *R. v. Chehil*, 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220, at para. 48. As noted in *Chehil*, “[a] method of searching that captures an inordinate number of innocent individuals cannot be reasonable”: para. 51. By contrast, a high degree of accuracy has been crucial to endorsing sniffer-dog searches on a lower standard of reasonable suspicion: *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569, at para. 11; see also *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456.

consentement, en vue d’obtenir des renseignements à son sujet » par laquelle l’État commet « une atteinte à une sphère de la vie privée essentielle au maintien de sa dignité humaine » : *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 431-432. Toutefois, un alcootest administré au moyen d’un ADA est beaucoup moins envahissant que bien d’autres fouilles, perquisitions ou saisies qui peuvent être effectuées aux fins d’application de la loi, comme le prélèvement de l’échantillon de sang en cause dans l’arrêt *Dymont* ou le prélèvement d’ADN qui dévoile des renseignements très personnels : *R. c. S.A.B.*, 2003 CSC 60, [2003] 2 R.C.S. 678, par. 48. La demande d’alcootest autorisée par le *Code criminel* a des répercussions beaucoup moins importantes sur l’intégrité physique et le droit à la vie privée d’une personne : *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, par. 90. Cette atteinte minimale étaye le caractère raisonnable de la saisie faite au moyen d’un ADA.

[66] Toutefois, l’utilisation d’un ADA pour obtenir un échantillon d’haleine soulève elle aussi des préoccupations qui minent le caractère raisonnable de la saisie, plus particulièrement quant à la fiabilité des résultats d’analyse. Le juge en chambre a conclu, sur la foi de la preuve, que, comme un ADA ne peut tenir compte de la présence d’alcool dans la bouche, [TRADUCTION] « il peut y avoir de sérieux doutes dans certains cas quant à savoir si un ADA indique avec exactitude les mesures d’alcoolémie » : par. 286-292.

[67] La fiabilité du mécanisme de fouille, de perquisition ou de saisie est directement liée au caractère raisonnable de la fouille, de la perquisition ou de la saisie elle-même : *R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220, par. 48. Comme la Cour l’a indiqué dans l’arrêt *Chehil*, « [u]ne méthode de fouille qui aurait pour effet de viser un nombre démesuré de personnes innocentes ne saurait être jugée non abusive » : par. 51. À l’opposé, une grande fiabilité s’est révélée cruciale pour confirmer la validité des fouilles effectuées à l’aide de chiens renifleurs selon la norme moins rigoureuse des soupçons raisonnables : *R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569, par. 11; voir également *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456.

[68] While the ARP scheme as enacted in 2010 allowed a driver to obtain a second analysis with a different ASD upon request, it placed no obligation on the police officer to advise the driver of this right: *MVA*, s. 215.42(1) and (2). The ARP scheme also required that the second analysis would govern, regardless of whether it was higher or lower than the initial reading: s. 215.42(3). While a second test with a second device may significantly help resolve the reliability concerns raised by roadside ASD testing, the availability of this safeguard could prove illusory where a driver is unaware of its existence, particularly where there is no guarantee that the lower result will prevail. Absent meaningful safeguards to ensure reliability, this factor raises serious concerns about the reasonableness of the law authorizing the seizure.

(d) *Availability of Judicial Oversight*

[69] Much of the disagreement between the parties hinges on the availability of judicial oversight, and on the significance of the availability of review in the s. 8 analysis. The drivers argue, and the chambers judge agreed, that the inability of a driver to meaningfully challenge both the basis for and, more importantly, the accuracy of the ASD test renders the roadside breath demand an unreasonable seizure. The Province counters that including such procedural considerations in the s. 8 analysis distorts the scope of s. 8, and that these considerations should instead be addressed under either s. 7 or administrative law principles.

[70] This is not the first time this Court has considered the significance of procedural safeguards in a s. 8 analysis. Although the adequacy of such safeguards will often be challenged under s. 7, this Court recognized in *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, that the right to full answer and defence is a relevant consideration when assessing the reasonableness of a search or seizure: para. 88; see also

[68] Si le RIAC qui a été mis en place en 2010 autorisait le conducteur à obtenir sur demande une deuxième analyse faite au moyen d'un autre ADA, il n'obligeait aucunement le policier à aviser le conducteur de ce droit : *MVA*, par. 215.42(1) et (2). Le RIAC prescrivait en outre que la deuxième analyse ait préséance, que la lecture obtenue soit plus élevée ou plus basse que la lecture initiale : par. 215.42(3). Bien qu'une deuxième analyse effectuée au moyen d'un deuxième appareil puisse grandement aider à dissiper les doutes concernant la fiabilité de l'alcootest administré au moyen d'un ADA, la possibilité de se prévaloir de cette mesure de protection pourrait s'avérer illusoire lorsque le conducteur n'est pas au courant de son existence, particulièrement lorsqu'il n'y a aucune garantie que le résultat le plus bas l'emportera. En l'absence de mesures de protection significatives assurant la fiabilité, ce facteur suscite de sérieux doutes au sujet du caractère raisonnable de la loi autorisant la saisie.

d) *La possibilité d'avoir recours à la surveillance judiciaire*

[69] Une bonne partie du désaccord entre les parties porte sur la possibilité d'avoir recours à la surveillance judiciaire et sur l'importance de pouvoir recourir au contrôle dans le cadre de l'analyse fondée sur l'art. 8. Les conducteurs font valoir, et le juge en chambre convient avec eux, que comme le conducteur ne peut valablement contester ni le fondement ni, plus important encore, l'exactitude de l'analyse effectuée au moyen d'un ADA, la demande d'alcootest constitue une saisie abusive. La Province réplique que le fait d'inclure de telles considérations procédurales dans l'analyse fondée sur l'art. 8 dénature la portée de cet article, et que ces considérations devraient plutôt être abordées sous l'angle de l'art. 7 ou des principes de droit administratif.

[70] Ce n'est pas la première fois que la Cour traite de l'importance des mesures de protection procédurales dans une analyse fondée sur l'art. 8. Bien que le caractère suffisant de ces mesures soit souvent contesté sur le fondement de l'art. 7, la Cour a reconnu dans l'arrêt *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, que le droit à une défense pleine et entière est une considération pertinente lorsqu'il

S.A.B., at para. 35. In *Hunter*, Dickson J. concluded that an unreviewable, discretionary power of search and seizure would be contrary to s. 8: p. 166. More recently, in *Chehil*, the “reasonable suspicion” standard for sniffer-dog searches was held to respect the s. 8 balance because of subsequent judicial oversight “that prevents indiscriminate and discriminatory breaches of privacy interests by ensuring that the police have an objective and reasonable basis” for the privacy interference: para. 25.

[71] Although both *Hunter* and *Chehil* concern review of the lawfulness of a search, rather than the use or reliability of its findings, in my view similar considerations apply, especially where the consequences of the seizure follow automatically and immediately. The nature of the review required will of course vary with the circumstances, including the nature of the scheme. On the other hand, the availability of oversight is particularly important where, as here, a search or seizure occurs without prior authorization: *R. v. Tse*, 2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531, at para. 84. While less exacting review may be sufficient in a regulatory context, the availability and adequacy of review is nonetheless relevant to reasonableness under s. 8.

[72] In my view, the chambers judge was correct to consider the scope and availability of review as part of his analysis under s. 8. While s. 8 is not primarily concerned with issues of procedural fairness and safeguards, the restrictive review of the basis and consequences of the breath demand was a central feature of the ARP scheme, particularly given the concerns about the reliability of the ASD, the lack of an intermediate step between the ASD analysis and the roadside suspension, and the immediacy

s’agit d’apprécier le caractère raisonnable d’une fouille, d’une perquisition ou d’une saisie : par. 88; voir également *S.A.B.*, par. 35. Dans *Hunter*, le juge Dickson a conclu qu’un pouvoir discrétionnaire de fouille, de perquisition et de saisie non susceptible de révision serait contraire à l’art. 8 : p. 166. Plus récemment, dans l’arrêt *Chehil*, la Cour a jugé que la norme des « soupçons raisonnables » applicable aux fouilles effectuées à l’aide d’un chien renifleur respectait l’équilibre établi par l’art. 8 en raison d’un contrôle judiciaire ultérieur qui « permet [. . .] d’empêcher les atteintes aveugles et discriminatoires au droit à la vie privée, les tribunaux vérifiant que l’atteinte policière à l’attente raisonnable en matière de vie privée repose bel et bien sur un fondement objectif et raisonnable » : par. 25.

[71] Bien que les arrêts *Hunter* et *Chehil* portent tous deux sur le contrôle de la légalité d’une fouille ou d’une perquisition plutôt que sur l’utilisation ou la fiabilité des résultats de cette fouille, je suis d’avis que des considérations similaires s’appliquent, surtout dans les cas où les conséquences de la saisie s’ensuivent automatiquement et sur-le-champ. Évidemment, la nature du contrôle nécessaire varie selon les circonstances, y compris la nature du régime. Par ailleurs, la possibilité de recourir à la surveillance après coup est particulièrement importante lorsque, comme en l’espèce, une fouille, une perquisition ou une saisie a lieu sans autorisation préalable : *R. c. Tse*, 2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531, par. 84. Même si un contrôle moins rigoureux peut se révéler suffisant dans un contexte réglementaire, la possibilité de recourir au contrôle et l’efficacité de celui-ci sont néanmoins pertinentes pour juger du caractère raisonnable sur le fondement de l’art. 8.

[72] À mon sens, le juge en chambre a eu raison d’examiner l’étendue du contrôle et la possibilité d’y recourir dans son analyse fondée sur l’art. 8. Bien que l’art. 8 ne vise pas principalement des questions d’équité procédurale et de mesures de protection, l’examen limité du fondement et des conséquences de la demande d’échantillon d’haleine était un élément central du RIAC, surtout compte tenu des doutes concernant la fiabilité de l’ADA, de l’absence d’une étape intermédiaire

of the penalties that ensue. A driver's ability to challenge the accuracy of the ASD result is thus critical to the reasonableness of the ARP scheme.

[73] It is common ground that the ARP scheme permits a driver to apply to the Superintendent for review of a driving prohibition, and that the Superintendent's decision is subject to judicial review. However, the process for review of suspensions under the ARP regime only permits the Superintendent to consider two issues: whether the applicant was a "driver" and whether the ASD registered a "fail", "warn", or the applicant refused to provide a sample. If both criteria are met, the Superintendent is required to confirm the suspension: s. 215.5(1). The chambers judge concluded that "[t]he result of the limited scope of review is that if a driver did not have a blood-alcohol level over 0.08 or 0.05 at the time of the prohibition, he or she still cannot challenge the suspension based on the roadside screening device": para. 305.

[74] The Chief Justice raises the possibility that the Superintendent could hear challenges to the reasonableness of the manner in which a search or seizure is conducted under s. 8 of the *Charter*. These reasons should not be taken as expressing an opinion on this point. However, this case is not about the reasonableness of a police officer's behaviour in conducting a particular seizure. It concerns a more fundamental issue: whether the law authorizing the seizure is itself reasonable. The fact that a driver may be able to challenge the conduct of a particular seizure does not resolve whether the ARP scheme itself complies with s. 8.

[75] While I agree with the Chief Justice that the administrative nature of the scheme justifies the administrative nature of the review, this does not, in my view, resolve the issue of whether the scope of such review is adequate in the circumstances. I agree with the chambers judge's conclusion that the

entre l'analyse effectuée au moyen d'un ADA et la suspension imposée lors d'un contrôle routier et de l'immédiateté des sanctions qui s'ensuivent. La possibilité pour le conducteur de contester l'exactitude du résultat de l'ADA est donc essentielle au caractère raisonnable du RIAC.

[73] Il est admis que le RIAC permet à un conducteur de demander au Surintendant la révision d'une interdiction de conduire et que la décision du Surintendant est susceptible de contrôle judiciaire. Toutefois, la procédure de contrôle des suspensions imposées en application du RIAC permet seulement au Surintendant de trancher deux questions : le demandeur était-il un « conducteur » et l'ADA a-t-il affiché le résultat « échec » ou « avertissement », ou le demandeur a-t-il refusé de fournir un échantillon? Si les deux conditions sont remplies, le Surintendant est tenu de confirmer la suspension : par. 215.5(1). Le juge en chambre a conclu qu'en [TRADUCTION] « raison de la portée limitée de l'examen, le conducteur dont l'alcoolémie n'est pas supérieure à 0,08 ou à 0,05 au moment de l'interdiction ne peut tout de même pas contester la suspension sur la base de l'appareil de détection » : par. 305.

[74] La Juge en chef évoque la possibilité que le Surintendant connaisse des contestations, fondées sur l'art. 8 de la *Charte*, du caractère raisonnable de la manière dont une fouille, une perquisition ou une saisie a été effectuée. Il ne faut pas voir les présents motifs comme l'expression d'une opinion sur ce point. Toutefois, la présente affaire ne porte pas sur le caractère raisonnable du comportement d'un policier qui fait une saisie en particulier. Elle porte sur une question plus fondamentale : la loi qui autorise la saisie est-elle en soi raisonnable? La possibilité pour un conducteur de contester la manière dont une saisie en particulier a été opérée ne règle pas la question de savoir si le RIAC lui-même est conforme à l'art. 8.

[75] Bien que je partage l'avis de la Juge en chef selon lequel la nature administrative du régime justifie la nature administrative du contrôle, j'estime que la question de savoir si la portée d'un tel contrôle est suffisante dans les circonstances n'est pas réglée pour autant. Je souscris à la conclusion

absence of meaningful review of the accuracy of the result of the seizure, in light of the unreliability of the test, raises concerns about the reasonableness of the ARP scheme. Absent such review, a driver could find herself facing serious administrative sanctions without the precondition for the sanctions being met, and without any mechanism for redress.

(4) Conclusion on Section 8

[76] The chambers judge found that the serious consequences of a driver registering a “fail”, combined with an inability to challenge the basis on which these consequences are imposed, rendered the ARP scheme unreasonable. I agree.

[77] The ARP scheme as enacted in 2010 depends entirely on the results from a test conducted using an ASD, a device known to produce false positives where mouth alcohol is present. Despite this defect regarding ASD reliability, the scheme provides no meaningful opportunity to challenge a licence suspension issued under this scheme on the basis that the result is unreliable. In the particular circumstances of these appeals, in which a “fail” result automatically triggers serious consequences for a driver without the possibility of review, the scheme fails to provide adequate safeguards. Thus, despite the pressing objective and minimal intrusiveness of the seizure, the ARP scheme fails to strike a reasonable balance between the interests of the state against those of individual motorists, and infringes drivers’ s. 8 rights.

[78] I need not determine whether the same result follows where the “warn” scheme is concerned. The chambers judge’s finding of the s. 8 breach related only to the “fail” branch. In some aspects, he drew a distinction between the two branches. There was no cross-appeal in the Court of Appeal or before us regarding his finding that the “warn” branch of the regime did not infringe s. 8 of the *Charter*. As a result, it is not properly before us. In these circumstances, I

du juge en chambre que l’absence d’un contrôle valable de l’exactitude du résultat de la saisie, vu la non-fiabilité du test, suscite des doutes concernant le caractère raisonnable du RIAC. En l’absence d’un tel contrôle, le conducteur pourrait se voir imposer de graves sanctions administratives sans que les conditions préalables à l’imposition des sanctions ne soient réunies et sans qu’il ne puisse bénéficier d’un mécanisme pour obtenir réparation.

(4) Conclusion sur l’art. 8

[76] Le juge en chambre a conclu que les graves conséquences subies par le conducteur qui échoue au test, conjuguées à l’impossibilité pour lui de contester le motif pour lequel ces conséquences sont imposées, rendent le RIAC abusif. Je suis du même avis.

[77] Le RIAC mis en place en 2010 dépend entièrement des résultats d’un test administré à l’aide d’un ADA, un appareil reconnu pour donner de faux résultats positifs lorsqu’il y a de l’alcool dans la bouche de l’intéressé. Malgré ce vice entachant la fiabilité de l’ADA, le régime ne permet pas réellement de contester la suspension d’un permis imposée en application de ses dispositions au motif que le résultat n’est pas fiable. Dans les circonstances particulières des présents pourvois, où un « échec » entraîne automatiquement de graves conséquences pour un conducteur sans possibilité de contrôle, le régime ne prévoit pas de mesures de protection adéquates. Ainsi, malgré l’objectif urgent et l’atteinte minimale portée par la saisie, le RIAC n’établit pas un équilibre raisonnable entre les intérêts de l’État et ceux des automobilistes et porte atteinte aux droits garantis aux conducteurs par l’art. 8.

[78] Je n’ai pas à décider si le volet « avertissement » du régime mène au même résultat. La conclusion du juge en chambre que l’art. 8 a été violé intéressait uniquement le volet « échec ». À certains égards, il a établi une distinction entre les deux volets. Aucun appel incident n’a été formé devant la Cour d’appel ou la Cour contre sa conclusion selon laquelle le volet « avertissement » du régime ne contrevenait pas à l’art. 8 de la *Charte*.

prefer not to address the issue. I note that to the extent that the legislative amendments addressed both the “warn” and “fail” aspects of the programme, this issue is moot.

D. Is the Seizure in the ARP Scheme Saved Under Section 1?

[79] The Province bears the burden of justifying the violation of s. 8 under s. 1 of the *Charter*. To do so, it must demonstrate, on a balance of probabilities, that the ARP scheme has a pressing and substantial objective and that the means chosen to achieve that objective are proportionate. The proportionality test comprises three inquiries: (1) whether the means adopted are rationally connected to the objective, (2) whether the law is minimally impairing of the violated right, and (3) whether the deleterious and salutary effects of the law are proportionate to each other; see *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, at para. 111; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

[80] I agree with the chambers judge that the objective of the scheme is “to remove impaired drivers from the highway and keep them off the highway”: para. 357. The parties do not dispute that this objective is pressing and substantial.

[81] Further, I agree with the chambers judge that the automatic prohibitions from driving based on roadside screening are rationally connected to the “objective of reducing death and injury caused by impaired driving”: para. 360.

[82] At the second stage of the proportionality test, the Province must establish that the ARP scheme minimally impairs the s. 8 right in pursuit of its objective. This inquiry does not require the government to adopt the least impairing measure, but rather one “that falls within a range of reasonable alternatives”: *Mounted Police Association of*

Par conséquent, nous ne sommes pas régulièrement saisis de cette conclusion. Dans les circonstances, je préfère ne pas me prononcer sur ce point. Je signale que, dans la mesure où les modifications législatives traitaient à la fois de l’aspect « avertissement » et de l’aspect « échec » du programme, cette question est théorique.

D. L’article premier sauvegarde-t-il la saisie prévue par le RIAC?

[79] Il incombe à la Province de justifier la violation de l’art. 8 en vertu de l’article premier de la *Charte*. Pour ce faire, elle doit démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que le RIAC a un objectif urgent et réel et que les moyens choisis pour réaliser cet objectif sont proportionnels. Le critère de proportionnalité comporte trois questions : (1) existe-t-il un lien rationnel entre les moyens choisis et l’objectif; (2) la loi porte-t-elle atteinte de façon minimale au droit violé; (3) les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de la loi sont-ils proportionnels entre eux; voir *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, par. 111; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

[80] Je conviens avec le juge en chambre que l’objectif du régime est [TRADUCTION] « de chasser des routes les conducteurs aux facultés affaiblies et de les empêcher de conduire à nouveau » : par. 357. Les parties s’entendent pour dire que cet objectif est urgent et réel.

[81] En outre, je partage l’avis du juge en chambre qu’il existe un lien rationnel entre les interdictions automatiques de conduire fondées sur une analyse faite lors d’un contrôle routier et [TRADUCTION] « l’objectif de réduire les décès et les blessures causés par la conduite avec facultés affaiblies » : par. 360.

[82] À la deuxième étape du critère de proportionnalité, la Province doit établir que le RIAC porte atteinte de façon minimale au droit garanti par l’art. 8 dans la poursuite de son objectif. À cette étape, le gouvernement n’est pas tenu d’adopter la mesure la moins attentatoire possible, mais celle qu’il choisit doit « se situer à l’intérieur d’une

Ontario v. Canada (Attorney General), 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3, at para. 149.

[83] I recognize the Province’s concern that certain alternatives requiring police to take drivers back to the police station would be more intrusive on the privacy interests of drivers and would reduce the time that the police could spend conducting roadside screenings. However, as the chambers judge noted, “it is possible to allow for a more meaningful review to be put in place without in any material way affecting the government’s objective of removing impaired drivers promptly and effectively from the road”: para. 319.

[84] Indeed, subsequent amendments to the ARP scheme enhancing the scope for review of roadside screenings and prohibitions demonstrate that such measures can feasibly be put into place without undermining the Province’s objective. The 2012 amendments empower the Superintendent, on review, to determine the weight to be given to any evidence, including any information or document not sworn: *MVA*, s. 215.49(4). Most significantly, the amendments also require the Superintendent to be satisfied that the driver was advised of the right to request a second analysis, that the second analysis was performed with a different ASD, that the prohibition was issued on the basis of the lower of the two results, and that the result of the ASD analysis was reliable: *MVA*, ss. 215.42(1), 215.5(1)(a)(i), (ii) and (iv).

[85] The constitutionality of the amended ARP scheme is not before this Court. However, the enhanced review measures in the amended scheme speak to the less-impairing legislative options available to the Province. In the circumstances, I agree with the chambers judge that the ARP scheme as it existed “does not minimally impair the right of a driver to be free of unreasonable search and seizure”:

gamme de mesures alternatives raisonnables » : *Association de la police montée de l’Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3, par. 149.

[83] Je prends acte de la crainte de la Province que certaines solutions de rechange obligeant la police à ramener les conducteurs au poste de police portent davantage atteinte au droit des conducteurs à la vie privée et réduisent le temps que la police pourrait passer à effectuer des analyses lors de contrôles routiers. Toutefois, comme l’a signalé le juge en chambre, [TRADUCTION] « il est possible de permettre la mise en place d’un mécanisme de contrôle plus rigoureux sans nuire sensiblement de quelque façon que ce soit à l’objectif du gouvernement de chasser rapidement et efficacement des routes les conducteurs aux facultés affaiblies » : par. 319.

[84] En effet, les modifications apportées subsequmment au RIAC pour élargir le contrôle des analyses et des interdictions survenues à l’occasion de contrôles routiers démontrent que de telles mesures peuvent facilement être mises en place sans nuire à l’objectif de la Province. Les modifications de 2012 habilent le Surintendant, dans le cadre d’un contrôle, à décider du poids à accorder à tout élément de preuve, y compris à tout renseignement ou document non fait sous serment : *MVA*, par. 215.49(4). Mais surtout, les modifications exigent également du Surintendant qu’il soit convaincu que le conducteur a été avisé de son droit de demander une deuxième analyse, que la deuxième analyse a été effectuée au moyen d’un autre ADA, que l’interdiction a été prononcée sur la base du plus faible résultat des deux analyses et que le résultat de l’analyse effectuée au moyen de l’ADA était fiable : *MVA*, par. 215.42(1) et sous-al. 215.5(1)a)(i), (ii) et (iv).

[85] La constitutionnalité du RIAC modifié n’est pas en cause devant la Cour. Cependant, les mesures de contrôle renforcées dans le régime modifié concernent les solutions législatives les moins attentatoires qui s’offrent à la Province. Dans les circonstances, je conviens avec le juge en chambre que le RIAC en vigueur à l’époque [TRADUCTION] « ne port[ait] pas atteinte de façon minimale au droit

para. 379 (emphasis deleted). I conclude that the former “fail” branch of the ARP scheme is not saved under s. 1.

VI. Disposition

[86] I would dismiss the motion to strike. The published articles fall within the scope of “articles and texts” permitted in books of authorities filed with this Court: *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156, rr. 2 “authorities” and 36(2)(a)(i); see also *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at pp. 774-77.

[87] I would dismiss both the Goodwin appeal and the Province appeal and uphold the chambers judge’s declaration that the “fail” provisions of the ARP scheme infringe s. 8 of the *Charter* and are not saved by s. 1.

VII. Costs

[88] In the Province appeal, the respondents are the successful parties and are entitled to their costs throughout.

[89] In the Goodwin appeal, Mr. Goodwin seeks costs below and costs of this appeal, even if unsuccessful. He argues that this is justified by the public interest of this constitutional litigation. The Province does not seek costs, and asks that none be awarded against it.

[90] Unsuccessful litigants may be awarded costs in highly exceptional cases involving matters of public importance: *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371, at para. 30; see also *B. (R.) v. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at para. 166. It is not enough that a matter be of public interest or importance; to warrant costs in any event of the cause, the case

du conducteur d’être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives » : par. 379 (soulignement omis). Je conclus que l’ancien volet « échec » du RIAC n’est pas sauvegardé par l’article premier.

VI. Dispositif

[86] Je suis d’avis de rejeter la requête en radiation. Les articles publiés font partie des « textes doctrinaux » autorisés dans les recueils de sources présentés à la Cour : *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, règle 2 « sources », sous-al. 36(2)a(i); voir également l’arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 774-777.

[87] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi de M. Goodwin ainsi que celui de la Province et de confirmer le jugement dans lequel le juge en chambre déclare que les dispositions du RIAC relatives au volet « échec » portent atteinte à l’art. 8 de la *Charte* et ne sont pas sauvegardées par l’article premier.

VII. Dépens

[88] Dans le pourvoi de la Province, les intimés sont les parties ayant gain de cause et ont droit à leurs dépens devant toutes les cours.

[89] Dans le pourvoi de M. Goodwin, ce dernier sollicite les dépens devant les tribunaux d’instance inférieure et les dépens relatifs à son pourvoi, même s’il est débouté. Il dit avoir droit à ses dépens parce que le présent litige constitutionnel est d’intérêt public. La Province ne réclame aucuns dépens et demande de ne pas être condamnée aux dépens.

[90] Les parties déboutées peuvent obtenir les dépens dans des affaires vraiment exceptionnelles mettant en cause des questions d’importance pour le public : *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371, par. 30; voir aussi *B. (R.) c. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, par. 166. Il ne suffit pas qu’une question soit d’intérêt public ou d’importance pour

must be “highly exceptional”. In my view, this case is not highly exceptional. Accordingly, there will be no costs order on the Goodwin appeal.

The following are the reasons delivered by

[91] THE CHIEF JUSTICE (dissenting in part) — I have read the reasons of Justice Karakatsanis. While I agree with much of them, I take a different view on the issue of whether the province’s roadside suspension scheme violates the constitutional requirement that searches and seizures be reasonable. In my view it does not.

[92] I will suggest that it is not sufficient under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to simply balance the competing state and private interests; rather, the courts should examine three requirements for a reasonable search or seizure: (1) a state objective capable of overriding individual private interests, (2) restraint of the incursion on the private interest to what is reasonably necessary to achieve the object, and (3) the availability of judicial supervision.

Whether Section 8 of the Charter Applies

[93] A preliminary issue is whether the scheme, which does not itself authorize a seizure of breath, is subject to s. 8 of the *Charter*. The provincial scheme relies on the *Criminal Code* provisions that allow a police officer to compel a driver to give a sample of his breath: R.S.C. 1985, c. C-46, s. 254(2). This is clearly a seizure of a bodily substance, which means that it must not be “unreasonable” under s. 8 of the *Charter*. The argument that the seizure is authorized by the *Criminal Code*, and that therefore there is no seizure under the provincial scheme, is artificial. The fact is that the police officer in cases such as this is seizing the breath for purposes of the provincial scheme: the *Criminal Code* authorization is expressly contemplated

le public; pour justifier l’octroi de dépens quelle que soit l’issue de la cause, l’affaire doit être « vraiment exceptionnelle ». À mon sens, la présente affaire ne l’est pas. Par conséquent, aucuns dépens ne seront adjugés relativement au pourvoi de M. Goodwin.

Version française des motifs rendus par

[91] LA JUGE EN CHEF (dissidente en partie) — J’ai pris connaissance des motifs de la juge Karakatsanis. Bien que je souscrive à eux dans une large mesure, je diverge d’opinion sur le point de savoir si le régime provincial de suspension imposée lors d’un contrôle routier enfreint l’exigence constitutionnelle que les fouilles, perquisitions et saisies ne soient pas abusives. À mon avis, le régime n’enfreint pas cette exigence.

[92] J’estime que, selon l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il ne suffit pas de simplement mettre en balance les intérêts de l’État et les intérêts privés opposés; les tribunaux doivent plutôt examiner trois conditions d’une fouille, perquisition ou saisie raisonnable : (1) un objectif de l’État susceptible de l’emporter sur les intérêts privés d’une personne; (2) l’atteinte à l’intérêt privé ne va pas au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre l’objectif; (3) la possibilité de recourir à la surveillance judiciaire.

L’article 8 de la Charte s’applique-t-il?

[93] La question préliminaire est de savoir si le régime, qui n’autorise pas lui-même la saisie d’un échantillon d’haleine, est visé par l’art. 8 de la *Charte*. Le régime provincial s’en remet aux dispositions du *Code criminel* qui permettent à un policier de contraindre un conducteur à donner un échantillon d’haleine : L.R.C. 1985, c. C-46, par. 254(2). Il s’agit là clairement de la saisie d’un échantillon d’une substance corporelle, ce qui signifie qu’elle ne doit pas être « abusive » au sens de l’art. 8 de la *Charte*. Il est factice de plaider que la saisie est autorisée par le *Code criminel* et que le régime provincial n’en prévoit donc aucune. Le fait est que, dans des cas comme celui en l’espèce, le policier saisit un échantillon d’haleine pour l’application du régime

by that provincial scheme. The seizure is the plank upon which the whole provincial scheme rests. The seizure, although authorized by a different enactment, is part and parcel of the provincial scheme.

Is the Seizure Reasonable?

[94] This brings us to the main question: Is the seizure under the provincial scheme “reasonable” and hence compliant with s. 8 of the *Charter*, which protects individuals against unreasonable search and seizure?

[95] The purpose and effect of s. 8 is to protect individuals against unreasonable state incursions into their private life. The common law has for centuries protected privacy. The protection that began as security against trespass (Lord Coke’s dictum, “A man’s home is his castle”: see *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 22; see also *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 157-58; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 426-29) has been elaborated under s. 8 to encompass three dimensions of privacy: personal, informational and territorial (*R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212, at para. 35; *Tessling*, at paras. 20-24).

[96] As with other *Charter* interests such as expression and liberty, the privacy interest is essentially about the fundamental tension in a constitutional democracy between the individual and the state: *Dyment*, at pp. 427-29. Generally speaking, the state may intrude on the privacy interest of the individual if authorized by a reasonable law and executed in a reasonable manner. This will be the case where: (1) the state has an important purpose grounded in the broader public interest for doing the search and/or seizure, (2) the intrusion goes no further than reasonably necessary to achieve the state purpose, and (3) the intrusion is subject to judicial supervision to guard against abusive state action.

provincial : l’autorisation du *Code criminel* est expressément évoquée par ce régime provincial. La saisie est la base sur laquelle repose tout le régime provincial. Bien qu’elle soit autorisée par un autre texte de loi, la saisie fait partie intégrante de ce régime.

La saisie est-elle raisonnable?

[94] Cela nous amène à la question principale : la saisie prévue par le régime provincial est-elle « raisonnable » et de ce fait conforme à l’art. 8 de la *Charte*, qui protège l’individu contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives?

[95] L’article 8 a pour objet et pour effet de protéger l’individu contre les atteintes abusives de l’État à sa vie privée. La common law protège la vie privée depuis des siècles. Cette protection, qui visait au départ la violation de domicile (le dicton de lord Coke « La maison de chacun est son château » : voir *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 22; voir aussi *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 157-158; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 426-429), a été transformée sous l’égide de l’art. 8 de façon à englober trois dimensions de la vie privée : la personne, l’information et les lieux (*R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212, par. 35; *Tessling*, par. 20-24).

[96] À l’instar des autres droits garantis par la *Charte* comme l’expression et la liberté, le droit à la vie privée concerne essentiellement la tension fondamentale présente dans une démocratie constitutionnelle entre l’individu et l’État : *Dyment*, p. 427-429. En général, l’État peut porter atteinte au droit de l’individu à la vie privée si cette atteinte est autorisée par une loi raisonnable et portée de manière raisonnable. Ce sera le cas lorsque : (1) l’État procède à la fouille, à la perquisition ou à la saisie pour réaliser un objectif important qui se fonde sur l’intérêt public général; (2) l’atteinte ne va pas au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre l’objectif de l’État; (3) l’atteinte est soumise à la surveillance judiciaire pour empêcher que l’État se livre à des abus.

[97] The first requirement is that the state purpose be important enough to override the individual privacy interests at stake. This requirement explains why as a general rule a search or seizure requires reasonable grounds to believe the item sought will be found: without such grounds, the state purpose does not justify the intrusion upon the protected sphere of the individual. In some circumstances however — notably roadside breath tests to combat drunk driving — the importance of the state purpose and the difficulty of achieving it may justify a search or seizure even in the absence of reasonable grounds.

[98] The second requirement — that the intrusion on the private interest go no further than reasonably necessary to achieve the state object — confines the intrusion to what is justified by the circumstances. These circumstances notably include the nature of the regime, and this Court has recognized that if the purpose of a scheme is regulatory and not criminal, it may be subject to less stringent standards: *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, per Wilson J.; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, per Sopinka and Iacobucci JJ.; *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757.

[99] The third requirement, the availability of judicial review, insists on a mechanism to ensure that searches and seizures conform to the rule of law and protect against abuse of those powers by the state. The common law has long insisted on judicial supervision of state intrusions into the private sphere. This concern explains the general requirement of prior judicial authorization for a criminal search, failing which the search is *prima facie* unreasonable: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at pp. 277-78; *Hunter v. Southam Inc.*, at p. 161. It also explains the requirement that in some circumstances the authorities must keep detailed notes as to what was searched and why: *R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621, at paras. 4 and 82; *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657, at para. 70; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679, at para. 101. Where searches without warrant are permitted, it is especially important

[97] Selon la première condition, l'objectif de l'État doit être suffisamment important pour primer les droits de l'individu à la vie privée en jeu. C'est pourquoi il faut, en règle générale, avoir des motifs raisonnables de croire que l'on trouvera l'objet recherché pour pouvoir effectuer une fouille, une perquisition ou une saisie : à défaut de ces motifs, l'objectif de l'État ne justifie pas l'intrusion dans la sphère privée de l'individu. Toutefois, dans certaines situations — notamment les alcootests administrés lors de contrôles routiers pour lutter contre la conduite en état d'ébriété — l'importance de l'objectif de l'État et la difficulté de l'atteindre justifient parfois une fouille, une perquisition ou une saisie malgré l'absence de motifs raisonnables.

[98] La deuxième condition — l'atteinte au droit à la vie privée ne doit pas aller au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre l'objectif de l'État — limite l'atteinte à ce qui est justifié dans les circonstances, qui comprennent notamment la nature du régime. La Cour a reconnu que le régime dont l'objet est de nature réglementaire et non criminelle peut être assujéti à des normes moins rigoureuses : *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, la juge Wilson; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, les juges Sopinka et Iacobucci; *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757.

[99] La troisième condition, la possibilité de recourir au contrôle judiciaire, exige la présence d'un mécanisme garantissant que les fouilles, perquisitions et saisies soient conformes à la règle de droit et empêchent que l'État abuse de ces pouvoirs. La common law insiste depuis longtemps sur la surveillance judiciaire des intrusions de l'État dans la sphère privée. C'est en raison de ce souci qu'il faut généralement obtenir une autorisation judiciaire préalable pour une fouille ou perquisition de nature criminelle, à défaut de quoi la fouille ou perquisition est à première vue abusive : *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 277-278; *Hunter c. Southam Inc.*, p. 161. Ce souci explique également le fait que, dans certains cas, les autorités doivent conserver des notes détaillées de ce qu'elles ont fouillé et des raisons pour le faire : *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621, par. 4 et 82; *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657, par. 70; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83,

that they be subject to scrutiny on judicial review: *Fearon*, at paras. 82 and 87.

[100] While different cases have formulated the test in different ways, at heart, the three requirements just discussed — important state purpose, restraint of the intrusion to what is reasonably necessary, and the availability of judicial review — determine whether a search is reasonable under s. 8 of the *Charter*.

[101] It is sometimes said that whether a search or seizure is reasonable is determined by asking whether the state action represents an appropriate balance between the state purpose (the first requirement) and the individual's privacy interest: see for example *Tessling*, at paras. 17-18. The balancing metaphor is best understood as a gloss on the requirements for reasonable search or seizure under s. 8. Without suggesting that balancing necessarily produces the wrong result, to view the s. 8 analysis simply as a matter of balancing the state interest against the individual's privacy interest may fail to capture what is required to establish that a search or seizure is reasonable.

[102] One concern is that a balancing approach may suggest that if the state's purpose is sufficiently compelling, it may dispense with restraint and procedures that permit judicial review. In my view this cannot be so. Even where the state purpose (as in this case) is of great importance, the state must not intrude upon the individual's protected sphere more than reasonably justified by that purpose, nor do so in a way that lacks appropriate safeguards capable of judicial review. Once again, what constitutes appropriate judicial supervision may vary with the nature of the scheme and other circumstances. In some circumstances warrants are not required. And an administrative appeal mechanism, subject to judicial review, may suffice for regulatory regimes: see, e.g., *McKinlay Transport Ltd.* and *Branch*.

[2001] 3 R.C.S. 679, par. 101. Lorsque des fouilles sans mandat sont autorisées, il est particulièrement important qu'elles fassent l'objet d'un examen à l'étape du contrôle judiciaire : *Fearon*, par. 82 et 87.

[100] Bien que le critère ait été énoncé de différentes manières dans la jurisprudence, au fond, les trois conditions que je viens d'exposer — un objectif important de l'État, une atteinte qui se limite à ce qui est raisonnablement nécessaire et la possibilité de recourir au contrôle judiciaire — établissent si une fouille ou perquisition est raisonnable au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

[101] On dit parfois que, pour décider si une fouille, perquisition ou saisie est raisonnable, on se demande si l'acte de l'État représente un juste équilibre entre l'objectif de l'État (la première condition) et le droit de l'individu à la protection de sa vie privée : voir, par exemple, *Tessling*, par. 17-18. Il faut voir la métaphore de la mise en balance comme une interprétation élargie des conditions d'une fouille, perquisition ou saisie raisonnable au sens de l'art. 8. Sans prétendre que la mise en balance donne forcément le mauvais résultat, considérer l'analyse fondée sur l'art. 8 comme une simple mise en balance de l'intérêt de l'État et du droit de l'individu à la vie privée ne permet pas toujours de prendre en compte ce qu'il faut pour établir qu'une fouille, perquisition ou saisie est raisonnable.

[102] Un problème est que la mise en balance peut laisser croire que, si l'objectif de l'État est suffisamment impérieux, il permet de passer outre à la retenue et aux procédures qui ouvrent la voie au contrôle judiciaire. À mon avis, ce ne saurait être le cas. Même lorsque l'objectif de l'État (comme en l'espèce) revêt une grande importance, l'État ne doit pas empiéter dans la sphère protégée de l'individu davantage que ne le justifie raisonnablement cet objectif, ni le faire en l'absence de garanties appropriées susceptibles de donner lieu à un contrôle judiciaire. Je le répète, ce qui constitue une surveillance judiciaire adéquate peut varier selon la nature du régime et d'autres facteurs. Il n'est parfois pas nécessaire d'obtenir un mandat. Et un mécanisme d'appel administratif soumis au contrôle judiciaire peut suffire dans le cas des régimes réglementaires : voir, p. ex., *McKinlay Transport Ltd.* et *Branch*.

[103] Another concern with the balancing approach is that it may focus unduly on the seriousness of the intrusion of the search or seizure on the individual's privacy interest, conceived in terms of how "secret" or closeted the thing searched for or seized is. As a result, search and seizure of something that is not secret may be more easily justified, on the ground that the "privacy" expectation is low and so the state intrusion is minimal. The privacy interest should not be understood in the narrow sense of secrecy or what is unknown to others. It should rather be understood in the sense of what falls within the private sphere of the individual within which the individual reasonably expects to be free from state intrusion absent a higher state purpose and legal safeguards: see, e.g., *Dyment*, at pp. 427-29 and 431-35. As already mentioned, this private sphere has three dimensions: personal, informational (including anonymity, see *Spencer*, at paras. 35 and 38), and territorial.

[104] In this case, the claimants attack the law that authorizes the search and seizure as constitutionally unreasonable within the meaning of s. 8. I cannot agree.

[105] In my view, all three requirements of a reasonable search and seizure are met in this case. The state's purpose — to prevent death and serious injury on the highway from impaired driving — is important and capable of justifying intrusion into the private sphere of the individual's bodily substances. At this stage, the biggest challenge to the state is that the scheme takes breath samples without reasonable grounds or even suspicion to believe the driver is impaired to the point of affecting driving. However, the Province has produced compelling evidence that requiring such grounds would subvert the goal of preventing death and injury caused by impaired driving, and that routine tests are required to achieve the administrative scheme's purpose.

[103] La mise en balance pose un autre problème : elle risque de mettre indûment l'accent sur la gravité de l'atteinte par la fouille, perquisition ou saisie au droit de l'individu à la vie privée, vue sous l'angle de la mesure dans laquelle la chose recherchée ou saisie est « secrète » ou cachée. En conséquence, il peut être plus facile de justifier la fouille et la saisie de quelque chose qui n'est pas secret au motif que l'attente en matière de « vie privée » est faible et que l'atteinte de l'État est de ce fait minimale. Le droit à la vie privée ne doit pas s'entendre au sens strict du secret ou de ce qu'autrui ignore. Il doit plutôt s'entendre au sens de ce qui appartient à la sphère privée de l'individu dans laquelle ce dernier s'attend raisonnablement à être à l'abri de l'intrusion de l'État en l'absence d'un objectif supérieur de celui-ci et de garanties juridiques : voir, p. ex., *Dyment*, p. 427-429 et 431-435. Comme je l'ai déjà mentionné, cette sphère privée comporte trois dimensions : la personne, l'information (y compris l'anonymat, voir *Spencer*, par. 35 et 38) et les lieux.

[104] En l'espèce, les demandeurs attaquent la loi qui autorise la fouille, la perquisition et la saisie en la qualifiant d'abusives sur le plan constitutionnel au sens de l'art. 8. Je ne saurais être d'accord.

[105] J'estime que les trois conditions d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie raisonnable sont toutes réunies en l'espèce. L'objectif de l'État — prévenir les décès et les blessures graves imputables à la conduite avec facultés affaiblies — est important et susceptible de justifier l'intrusion dans la sphère privée des substances corporelles de l'individu. À ce stade, le plus grand défi auquel fait face l'État est que le régime permet aux policiers de prélever des échantillons d'haleine sans avoir des motifs raisonnables de croire ou même soupçonner que les facultés du conducteur sont affaiblies au point de nuire à sa conduite. La Province a toutefois produit une preuve convaincante selon laquelle le fait d'exiger la présence de tels motifs contreferait l'objectif de prévenir les décès et les blessures causés par la conduite avec facultés affaiblies, et les tests de routine sont nécessaires pour atteindre l'objectif du régime administratif.

[106] The second requirement is also met. The seizure does not go further than reasonably necessary to achieve the state's purpose. In *McKinlay Transport Ltd.*, the Court, per Wilson J., held that compelled production of records was minimally intrusive of privacy rights because the securities regime at issue was regulatory, not criminal, and because the securities sector was highly regulated, reducing the expectation of privacy of the individual engaged in it. The same may be said here. The regime is regulatory and not criminal. And the activity of driving on highways is highly regulated and common in road enforcement. Moreover, obtaining a roadside breath sample is less intrusive than alternatives, such as compelling a driver to provide a breath sample at a police station or taking a blood sample.

[107] The third element presents the greatest difficulty. The question is whether judicial supervision is available. It is argued that the review is inadequate because the scheme does not provide the *Criminal Code* protections to ensure readings are accurate — namely a subsequent test with a more accurate device at the police station — and that it may be difficult for an individual to contest an inaccurate reading by the roadside testing device. However, the driver can request a second test on a different device at the roadside: *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1996, c. 318, s. 215.42(1) and (2). The driver may apply to have a suspension reviewed by the Superintendent of Motor Vehicles and present statements and evidence in support of her application: *ibid.*, s. 215.48 and 215.49. The Superintendent's decision is subject to judicial supervision by way of judicial review. Furthermore, despite a failed test, if the officer lacks reasonable grounds to believe the driver is impaired, he does not impose sanctions: *ibid.*, s. 215.41(3). This could be the case, for example, if he doubts the accuracy, reliability or functioning of the device or any other aspect of the analysis process: *Wilson v. British Columbia (Superintendent*

[106] La deuxième condition est également réunie. La saisie ne va pas au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre l'objectif de l'État. Dans *McKinlay Transport Ltd.*, la Cour, par l'entremise de la juge Wilson, a jugé que la production obligatoire de documents portait atteinte de façon minimale aux droits à la vie privée parce que le régime de réglementation des valeurs mobilières en cause était de nature réglementaire plutôt que criminelle et que ce secteur était fortement réglementé, ce qui a pour effet de réduire l'attente en matière de vie privée de la personne qui y œuvre. On peut dire la même chose en l'espèce. Le régime est de nature réglementaire, non criminelle. De plus, la conduite sur les routes est fortement réglementée et occupe une grande place dans l'application des règles de sécurité routière. Qui plus est, l'obtention d'un échantillon d'haleine lors d'un contrôle routier est moins envahissante que les solutions de rechange, telles que contraindre un conducteur à fournir un échantillon d'haleine au poste de police ou prélever un échantillon de sang.

[107] Le troisième élément est le plus problématique. La question est de savoir s'il est possible de recourir à la surveillance judiciaire. On soutient que le contrôle est inadéquat car le régime n'offre pas les garanties du *Code criminel* assurant l'exactitude des résultats — en l'occurrence un test subséquent administré au poste de police avec un appareil plus précis — et il peut être difficile pour une personne de contester un résultat inexact enregistré par l'alcootest. Le conducteur peut cependant demander qu'un deuxième test soit effectué à l'aide d'un autre appareil lors du contrôle routier : *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1996, c. 318, par. 215.42(1) et (2). Il peut aussi demander que le Superintendent of Motor Vehicles (« Surintendant ») révise une suspension et présenter des déclarations et autres éléments de preuve à l'appui de sa demande : *ibid.*, art. 215.48 et 215.49. La décision du Surintendant peut être soumise à la surveillance des tribunaux par voie de contrôle judiciaire. En outre, si, malgré l'échec au test, le policier n'a pas de motifs raisonnables de croire que les facultés du conducteur sont affaiblies, il ne lui impose pas de sanction : *ibid.*, par. 215.41(3). Ce pourrait être le cas, par exemple,

of Motor Vehicles), 2015 SCC 47, [2015] 3 S.C.R. 300, at para. 29.

[108] Although the manner of the search was not challenged in this case, it of course is also subject to constitutional scrutiny. At the review stage, the driver can challenge the reasonableness of the search under s. 8 and the Superintendent can, if warranted, exclude the evidence under s. 24(2): see *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765.

[109] In the end, the differences between the provisions for judicial review under the *Criminal Code* on the one hand, and the provincial roadside suspension scheme here at issue, reflect the fact that the *Criminal Code* provisions are penal, while the roadside suspension provisions are regulatory. The administrative nature of the scheme and the nature of the driver's interests at play justify the administrative nature of the review, as do the less stringent provisions to ensure accuracy of the sample. (If sanctions under an administrative scheme were more severe, for example if the deprivation itself engaged a *Charter* right, more direct judicial supervision may be required under s. 8. However, that is not before us.) The ultimate question is whether the review provisions of the roadside suspension scheme offer reasonable protection against abusive exercise of the state power to intrude on the individual's private sphere, having regard to the nature of the scheme and the privacy interests at stake. In my view, the answer to this question is yes.

[110] I would therefore allow the appeal of the British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and Attorney General of British Columbia.

si le policier a des doutes au sujet de l'exactitude, de la fiabilité ou du fonctionnement de l'appareil ou de tout autre aspect du processus d'analyse : *Wilson c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 47, [2015] 3 R.C.S. 300, par. 29.

[108] Bien que la manière de procéder à la fouille n'ait pas été contestée en l'espèce, elle est évidemment sujette à un examen de sa constitutionnalité. Au stade du contrôle, le conducteur peut remettre en question le caractère raisonnable de la fouille en vertu de l'art. 8 et il est loisible au Surintendant d'écarter la preuve au titre du par. 24(2) dans les cas où cela est justifié : voir *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765.

[109] Au bout du compte, les différences entre les dispositions du *Code criminel* relatives au contrôle judiciaire et le régime provincial de suspension imposée lors d'un contrôle routier en litige dans la présente affaire traduisent le fait que les dispositions du *Code criminel* sont de nature pénale, tandis que celles sur la suspension imposée lors d'un contrôle routier sont de nature réglementaire. Le caractère administratif du régime ainsi que la nature des droits du conducteur en jeu justifient la nature administrative du contrôle, tout comme les dispositions moins strictes visant à assurer l'exactitude de l'échantillon. (Si les sanctions prévues par un régime administratif étaient plus sévères, par exemple si l'atteinte elle-même faisait intervenir un droit garanti par la *Charte*, l'art. 8 pourrait exiger une surveillance judiciaire plus directe. Nous ne sommes toutefois pas en présence d'une telle situation.) La question fondamentale est de savoir si les dispositions du régime de suspension en matière de révision offrent une protection raisonnable contre l'exercice abusif du pouvoir de l'État d'empiéter dans la sphère privée de l'individu, eu égard à la nature du régime et aux droits à la vie privée en jeu. J'estime qu'il faut y répondre par l'affirmative.

[110] Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi de la Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) et du procureur général de cette province.

Appeals dismissed, McLACHLIN C.J. dissenting in part.

Solicitors for the appellant/respondent Richard James Goodwin: Gudmundseth Mickelson, Vancouver.

Solicitor for the appellants/respondents British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the respondents Jamie Allen Chisholm, Scott Roberts and Carol Marion Beam: Gudmundseth Mickelson, Vancouver; Carr Buchan & Company, Victoria.

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.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

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

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Hunter Litigation Chambers, Vancouver; Dolgin, Marshman Law, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Insurance Bureau of Canada: Stikeman Elliott, Toronto and Ottawa.

Pourvois rejetés, la juge en chef McLACHLIN est dissidente en partie.

Procureurs de l'appellant/intimé Richard James Goodwin : Gudmundseth Mickelson, Vancouver.

Procureur des appelants/intimés Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) et le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs des intimés Jamie Allen Chisholm, Scott Roberts et Carol Marion Beam : Gudmundseth Mickelson, Vancouver; Carr Buchan & Company, Victoria.

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.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

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

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Hunter Litigation Chambers, Vancouver; Dolgin, Marshman Law, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le Bureau d'assurance du Canada : Stikeman Elliott, Toronto et Ottawa.

Solicitors for the interveners the Criminal Trial Lawyers' Association (Alberta) and the Criminal Defence Lawyers Association (Calgary): Gunn Law Group, Edmonton; Savage Oykhman, Calgary.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Greenspan Partners, Toronto; Addario Law Group, Toronto.

Solicitor for the intervener the Alberta Registrar of Motor Vehicle Services: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener Mothers Against Drunk Driving Canada: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Victoria; Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Procureurs des intervenantes Criminal Trial Lawyers' Association (Alberta) et Criminal Defence Lawyers Association (Calgary) : Gunn Law Group, Edmonton; Savage Oykhman, Calgary.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Greenspan Partners, Toronto; Addario Law Group, Toronto.

Procureur de l'intervenant Alberta Registrar of Motor Vehicle Services : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Les mères contre l'alcool au volant Canada : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Victoria; Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Lee Michael Wilson *Appellant*

v.

**Superintendent of Motor Vehicles
and Attorney General of
British Columbia** *Respondents*

**INDEXED AS: WILSON v. BRITISH COLUMBIA
(SUPERINTENDENT OF MOTOR VEHICLES)**

2015 SCC 47

File No.: 35959.

2015: May 19; 2015: October 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Administrative law — Judicial review — Superintendent of Motor Vehicles — Automatic roadside driving prohibition regulatory regime — Peace officer issued Notice to driver imposing immediate driving prohibition after roadside breath sample obtained — Driver applied to Superintendent for review of driving prohibition — Whether peace officer entitled to rely on results of approved screening device used to collect breath samples to impose driving prohibition or whether other confirmatory evidence required — Whether Superintendent's interpretation of statutory provision imposing immediate driving prohibition was reasonable — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318, ss. 215.41(3.1), 215.5.

To address the problem of impaired driving, British Columbia has instituted a regime in the *Motor Vehicle Act* (“MVA”) known as the automatic roadside driving prohibition scheme (“ARP”). Approved screening devices (“ASD”) are used to collect roadside breath samples. Under s. 215.41(3.1) of the MVA, when a driver registers a “Warn” or “Fail” on the ASD, a peace officer must issue a Notice of Driving Prohibition, provided that the officer “has reasonable grounds to believe, as a result of the

Lee Michael Wilson *Appelant*

c.

**Superintendent of Motor Vehicles
et procureur général de la
Colombie-Britannique** *Intimés*

**RÉPERTORIÉ : WILSON c. COLOMBIE-BRITANNIQUE
(SUPERINTENDENT OF MOTOR VEHICLES)**

2015 CSC 47

N° du greffe : 35959.

2015 : 19 mai; 2015 : 16 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Surintendant des véhicules automobiles — Régime réglementaire d'interdiction automatique de conduire — Signification par un agent de la paix d'une interdiction immédiate de conduire après l'obtention d'un échantillon d'haleine lors d'un contrôle routier — Demande de réexamen de l'interdiction de conduire présentée par le conducteur au Surintendant — L'agent de la paix pouvait-il se fonder sur les résultats d'un appareil de détection approuvé utilisé pour prélever des échantillons d'haleine afin de signifier une interdiction de conduire ou faut-il d'autres éléments de preuve confirmant l'affaiblissement de la capacité de conduire? — L'interprétation qu'a faite le Surintendant de la disposition législative imposant l'interdiction immédiate de conduire était-elle raisonnable? — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318, art. 215.41(3.1), 215.5.

Pour résoudre le problème de la conduite avec facultés affaiblies, la Colombie-Britannique a mis en place un régime créé par la *Motor Vehicle Act* (« MVA ») et connu sous le nom de régime d'interdiction automatique de conduire (« RIAC »). Des échantillons d'haleine sont prélevés lors de contrôles routiers au moyen d'un appareil de détection approuvé (« ADA »). Aux termes du par. 215.41(3.1) de la MVA, lorsque le conducteur obtient le résultat « Avertissement » ou « Échec » sur cet appareil,

analysis, that the driver's ability to drive is affected by alcohol".

In 2012, W was stopped at a police road check. He provided two samples of his breath that registered a "Warn" reading. The peace officer served him with a Notice, prohibiting him from driving for a period of three days.

W applied to the Superintendent of Motor Vehicles for a review, seeking to have the Notice revoked. He argued that the ASD result alone could not provide the officer with the reasonable grounds required by s. 215.41(3.1) and that the officer was also required to point to other confirmatory evidence. The Superintendent rejected this argument. On judicial review, the Notice was set aside. The Court of Appeal concluded that the Superintendent's interpretation of s. 215.41(3.1) was reasonable and reinstated the Notice.

Held: The appeal should be dismissed.

W's case rests on the premise that s. 215.41(3.1) is ambiguous and that *Charter* values must be applied to resolve the ambiguity. This argument suffers from a fatal flaw — s. 215.41(3.1) is not ambiguous. Rather, when read in light of its text, context, and legislative objective, there is only one reasonable interpretation — the one arrived at by the Superintendent. *Charter* values may not be used to create ambiguity where none exists and have no role to play as an interpretive tool in this case.

The plain meaning of s. 215.41(3.1) explicitly links the officer's belief to the result of the ASD analysis. The wording could not be clearer. W's submission that the officer's belief must be based not only on the ASD result, but also on confirmatory evidence is not supported by the text of the provision. The officer must have an honest belief in the accuracy of the ASD result in order to have reasonable grounds to believe "as a result of the analysis" that the individual's ability to drive is affected by alcohol. This interpretation gives meaning to the words used in the statute without reading in words that would introduce a new dimension to the provision.

L'agent de la paix est tenu de lui signifier une interdiction immédiate de conduire s'il « a, en raison de l'analyse, des motifs raisonnables de croire que le conducteur a les facultés affaiblies par l'alcool ».

En 2012, W a été arrêté par la police à un poste de contrôle routier. Il a fourni deux échantillons de son haleine qui ont donné le résultat « Avertissement ». L'agent de la paix lui a signifié un avis qui lui interdisait de conduire pendant une période de trois jours.

W a présenté une demande de réexamen au Surintendant of Motor Vehicles (« Surintendant ») en vue d'obtenir la révocation de l'avis. Il a fait valoir que le résultat de l'ADA ne pouvait, à lui seul, fournir à l'agent les motifs raisonnables exigés par le par. 215.41(3.1) et que l'agent devait également mentionner d'autres éléments de preuve corroborants. Le Surintendant a rejeté cet argument. Lors du contrôle judiciaire, l'avis a été annulé. La Cour d'appel a conclu que l'interprétation donnée par le Surintendant au par. 215.41(3.1) était raisonnable et elle a rétabli l'avis.

Arrêt : L'appel est rejeté.

Le recours de W repose sur la prémisse voulant que le par. 215.41(3.1) soit ambigu et qu'il faille recourir aux valeurs consacrées par la *Charte* pour dissiper cette ambiguïté. Cet argument souffre d'un vice fatal : le par. 215.41(3.1) n'est pas ambigu. Lorsque cette disposition est interprétée à la lumière de son libellé, du contexte et de l'intention du législateur, on ne peut plutôt lui donner qu'une seule interprétation raisonnable — soit celle à laquelle en est venu le Surintendant. Les valeurs consacrées par la *Charte* ne sauraient servir à créer une ambiguïté alors qu'il n'en existe aucune et elles ne constituent pas un outil d'interprétation en l'espèce.

Le sens ordinaire du par. 215.41(3.1) établit explicitement un lien entre la croyance de l'agent et le résultat de l'analyse effectuée au moyen de l'ADA. Le libellé ne saurait être plus clair. Selon W, la croyance de l'agent doit reposer non seulement sur le résultat de l'analyse effectuée au moyen de l'ADA, mais aussi sur des éléments de preuve qui confirment ce résultat. Cette interprétation ne trouve pas appui dans le texte de la disposition. L'agent doit croire sincèrement en l'exactitude du résultat de l'ADA afin d'avoir des motifs raisonnables de croire, « en raison de l'analyse », que le conducteur a les facultés affaiblies par l'alcool. Cette interprétation donne un sens aux mots utilisés dans la loi sans y introduire des termes qui lui apporteraient une dimension nouvelle.

The context of the statutory scheme also indicates that the Superintendent's interpretation is reasonable and consistent with the limited grounds for review of a peace officer's decision. Nothing suggests that the Superintendent may revoke a Notice if a peace officer does not point to other confirmatory evidence. Although the ARP regime is triggered by a roadside demand for a breath sample under s. 254 of the *Criminal Code*, it is an independent regime. It is not subsidiary to the *Code* and does not incorporate its protections. Rather, the ARP regime is regulatory legislation which balances individual liberties against the protection of the public, placing greater weight on the public good.

The Superintendent's decision is also consistent with the twin legislative objectives of increasing highway safety and deterring impaired driving. The ARP regime establishes a common standard for removing drivers from the road who pose an elevated risk to others. Allowing the police to rely on ASD test results is critical to the fulfilment of the legislative objectives.

Cases Cited

Applied: *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; **referred to:** *Goodwin v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 46, [2015] 3 S.C.R. 250; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743; *R. v. Clarke*, 2014 SCC 28, [2014] 1 S.C.R. 612; *Charlebois v. Saint John (City)*, 2005 SCC 74, [2005] 3 S.C.R. 563; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533; *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, 2011 SCC 25, [2011] 2 S.C.R. 306; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837; *R. v. Gordon*, 2002 BCCA 224, 100 B.C.L.R. (3d) 35; *R. v. Bernshaw*, [1995] 1 S.C.R. 254; *Sivia v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2014 BCCA 79, 307 C.C.C. (3d) 77;

Le caractère raisonnable de l'interprétation du Surintendant ressort également du contexte dans lequel s'inscrit le régime législatif en cause et cette interprétation se concilie avec les motifs limités qui autorisent le Surintendant à réexaminer la décision d'un agent de la paix. Rien n'indique que le Surintendant peut révoquer un avis si l'agent de la paix ne mentionne pas d'autres éléments de preuve corroborants. Même si l'application du RIAC est déclenchée lorsque le prélèvement d'un échantillon d'haléine est ordonné en vertu de l'art. 254 du *Code criminel*, il s'agit d'un régime indépendant. Il ne s'agit pas d'une mesure accessoire au *Code* et elle n'emporte pas l'application des mesures de protections que prévoit ce dernier. Le RIAC est plutôt un régime législatif qui met en balance les libertés individuelles et la protection du public, et qui accorde plus de poids à l'intérêt public.

La décision du Surintendant est également compatible avec le double objectif législatif d'accroître la sécurité routière et de décourager la conduite avec facultés affaiblies. Le RIAC établit une norme commune permettant d'écarter de la circulation les conducteurs qui constituent un risque élevé pour autrui. Permettre aux policiers de se fonder sur les résultats d'une analyse effectuée au moyen d'un ADA est essentiel à la réalisation des objectifs visés par la loi.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; **arrêts mentionnés :** *Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 46, [2015] 3 R.C.S. 250; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743; *R. c. Clarke*, 2014 CSC 28, [2014] 1 R.C.S. 612; *Charlebois c. Saint John (Ville)*, 2005 CSC 74, [2005] 3 R.C.S. 563; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533; *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, 2011 CSC 25, [2011] 2 R.C.S. 306; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837; *R. c. Gordon*, 2002 BCCA 224, 100 B.C.L.R. (3d) 35; *R. c. Bernshaw*, [1995] 1 R.C.S. 254; *Sivia c. British Columbia (Superintendent of Motor*

Buhlers v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles), 1999 BCCA 114, 170 D.L.R. (4th) 344.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 10(b).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 254.
Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318, ss. 25.1(1), 215.41(3.1), 215.43(1), (2.1), 215.45, 215.46, 215.5, 253(6), (7).
Motor-vehicle Act Amendment Act, 1966, S.B.C. 1966, c. 30, s. 34.
Motor Vehicle Act Regulations, B.C. Reg. 26/58, s. 43.09.
Motor Vehicle Amendment Act, 2010, S.B.C. 2010, c. 14, s. 19.
Motor Vehicle Amendment Act, 2012, S.B.C. 2012, c. 26.

Authors Cited

British Columbia. Legislative Assembly. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 16, No. 1, 2nd Sess., 39th Parl., April 27, 2010, p. 4871.
 British Columbia. Legislative Assembly. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 36, No. 7, 4th Sess., 39th Parl., May 3, 2012, pp. 11492-93.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Saunders, Levine and Harris J.J.A.), 2014 BCCA 202, 60 B.C.L.R. (5th) 371, 311 C.C.C. (3d) 369, 356 B.C.A.C. 133, 610 W.A.C. 133, [2015] 4 W.W.R. 579, 66 M.V.R. (6th) 99, [2014] B.C.J. No. 1055 (QL), 2014 CarswellBC 1453 (WL Can.), setting aside a decision of Dley J., 2013 BCSC 1638, [2013] B.C.J. No. 1960 (QL), 2013 CarswellBC 2696 (WL Can.). Appeal dismissed.

Kyla Lee and Paul Doroshenko, for the appellant.

Robert Mullett and Tyna Mason, for the respondents.

Vehicles), 2014 BCCA 79, 307 C.C.C. (3d) 77; *Buhlers c. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 1999 BCCA 114, 170 D.L.R. (4th) 344.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 10(b).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 254.
Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318, art. 25.1(1), 215.41(3.1), 215.43(1), (2.1), 215.45, 215.46, 215.5, 253(6), (7).
Motor-vehicle Act Amendment Act, 1966, S.B.C. 1966, c. 30, art. 34.
Motor Vehicle Act Regulations, B.C. Reg. 26/58, art. 43.09.
Motor Vehicle Amendment Act, 2010, S.B.C. 2010, c. 14, art. 19.
Motor Vehicle Amendment Act, 2012, S.B.C. 2012, c. 26.

Doctrine et autres documents cités

Colombie-Britannique. Assemblée législative. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 16, No. 1, 2nd Sess., 39th Parl., April 27, 2010, p. 4871.
 Colombie-Britannique. Assemblée législative. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 36, No. 7, 4th Sess., 39th Parl., May 3, 2012, pp. 11492-93.
 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 Saunders, Levine et Harris), 2014 BCCA 202, 60 B.C.L.R. (5th) 371, 311 C.C.C. (3d) 369, 356 B.C.A.C. 133, 610 W.A.C. 133, [2015] 4 W.W.R. 579, 66 M.V.R. (6th) 99, [2014] B.C.J. No. 1055 (QL), 2014 CarswellBC 1453 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Dley, 2013 BCSC 1638, [2013] B.C.J. No. 1960 (QL), 2013 CarswellBC 2696 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Kyla Lee et Paul Doroshenko, pour l'appellant.

Robert Mullett et Tyna Mason, pour les intimés.

The judgment of the Court was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Overview

[1] Impaired driving is a matter of grave public concern in Canada. Over the years, various *Criminal Code* offences have been enacted to deal with this problem. The provinces have also enacted regulatory legislation in an attempt to curb the number of impaired drivers on the road. Despite these measures, the problem of drunk driving persists, resulting as it often does in lives lost and lives shattered.

[2] This appeal concerns one of the mechanisms British Columbia has instituted to address the problem: a regime in the *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1996, c. 318 (“MVA”), known as the automatic roadside driving prohibition scheme (“ARP regime” or “ARP scheme”). The ARP regime at issue in this appeal is the successor to the regime at issue in the companion case of *Goodwin v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 46, [2015] 3 S.C.R. 250. Although the ARP regime is a provincial scheme, it is triggered by a roadside demand for a breath sample under s. 254 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. Approved screening devices (“ASDs”) are used to collect roadside samples. Under s. 215.41(3.1) of the MVA, when a driver registers a “Warn” or “Fail” on the ASD, a peace officer must issue an immediate driving prohibition if the officer “has reasonable grounds to believe, as a result of the analysis, that the driver’s ability to drive is affected by alcohol”.

[3] The interpretation of that provision is central to this appeal. The question that arises is this: In assessing whether a peace officer has the requisite grounds to believe that a driver’s ability to drive is affected by alcohol, can the officer rely solely on the ASD result?

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Aperçu

[1] La conduite avec facultés affaiblies est un sujet de préoccupation majeure pour le public canadien. Diverses infractions ont été ajoutées au *Code criminel* au fil des ans pour remédier à ce problème. Les provinces ont également adopté des lois de nature réglementaire dans le but de diminuer le nombre de conducteurs avec facultés affaiblies sur les routes. Malgré ces mesures, le problème de l’alcool au volant persiste, causant souvent la mort et brisant des vies.

[2] Le présent pourvoi porte sur un des mécanismes mis en place par la Colombie-Britannique pour résoudre le problème : un régime créé par la *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1996, c. 318 (« MVA »), et connu sous le nom de régime d’interdiction automatique de conduire (« RIAC »). Le RIAC dont il est question dans le présent appel est celui qui a succédé au régime en cause dans l’arrêt connexe *Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 46, [2015] 3 R.C.S. 250. Même s’il s’agit d’un régime provincial, il entre en jeu lorsqu’un échantillon d’haleine est exigé dans le cadre d’un contrôle routier effectué en vertu de l’art. 254 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 (« C. cr. »). L’échantillon est prélevé au moyen d’un appareil de détection approuvé (« ADA »). Aux termes du par. 215.41(3.1) de la MVA, lorsque le conducteur obtient le résultat [TRADUCTION] « Avertissement » ou « Échec » sur cet appareil, l’agent de la paix est tenu de lui signifier une interdiction immédiate de conduire s’il « a, en raison de l’analyse, des motifs raisonnables de croire que le conducteur a les facultés affaiblies par l’alcool ».

[3] L’interprétation de cette disposition est au cœur du présent pourvoi. La question en litige est la suivante : pour avoir les motifs requis qui lui permettent de croire qu’un conducteur a les facultés affaiblies par l’alcool, l’agent peut-il se fonder uniquement sur le résultat indiqué par l’ADA?

[4] Mr. Wilson says no. He submits that to meet the “reasonable belief” standard, the ASD result must be backed by other evidence indicating that the driver’s ability to drive is affected by alcohol. This could include evidence of erratic driving, or other indicators commonly associated with impairment, such as slurred speech, glassy and bloodshot eyes, unsteady gait, and so on.

[5] The Superintendent of Motor Vehicles rejected this argument and upheld a notice of driving prohibition (“Notice”) served on Mr. Wilson. In his view, the ASD test result was sufficient, on its own, to provide a peace officer with the grounds needed to issue a Notice. On judicial review, the British Columbia Supreme Court set aside the Notice. On appeal from that decision, the British Columbia Court of Appeal reinstated it.

[6] Before this Court, Mr. Wilson contends that s. 215.41(3.1) is ambiguous, and that the adjudicator, a delegate of the Superintendent of Motor Vehicles, erred in failing to consider *Canadian Charter of Rights and Freedoms* values to resolve the ambiguity. According to Mr. Wilson, this rendered his decision unreasonable. With respect, I disagree. The provision is not ambiguous, and the adjudicator’s interpretation was the only reasonable one. Accordingly, I would dismiss the appeal.

II. Facts

A. *British Columbia’s Automatic Roadside Prohibition Regime*

[7] Since the 1960s, British Columbia has sought to address the problem of impaired driving through regulatory legislation enabling peace officers to issue roadside driving prohibitions: see the *Motor-vehicle Act Amendment Act, 1966*, S.B.C. 1966, c. 30, s. 34. In 2010, the province expanded the powers of peace officers to issue such driving prohibitions: *Motor Vehicle Amendment Act, 2010*,

[4] M. Wilson est d’avis que non. Selon lui, pour qu’il soit satisfait à la norme des « motifs raisonnables de croire », le résultat indiqué par l’ADA doit être corroboré par d’autres éléments de preuve qui indiquent que le conducteur a les facultés affaiblies par l’alcool. Il pourrait s’agir d’une preuve de conduite irrégulière ou d’autres indices que l’on associe généralement à l’affaiblissement des facultés, comme une articulation déficiente, des yeux vitreux et injectés de sang, une démarche chancelante, et ainsi de suite.

[5] Le Superintendent of Motor Vehicles (« Surintendant ») a rejeté cet argument et confirmé l’avis d’interdiction de conduire signifié à M. Wilson. À son avis, le résultat de l’analyse effectuée au moyen de l’ADA fournissait à lui seul à l’agent de la paix les motifs nécessaires pour signifier un tel avis. Lors du contrôle judiciaire, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a annulé l’avis. En appel de cette décision, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique l’a rétabli.

[6] Devant la Cour, M. Wilson soutient que le par. 215.41(3.1) est ambigu et que l’arbitre, un délégué du Surintendant, a commis une erreur en ne tenant pas compte des valeurs consacrées par la *Charte canadienne des droits et libertés* pour dissiper cette ambiguïté. Selon M. Wilson, la décision de l’arbitre est donc déraisonnable. Soit dit en tout respect, je ne suis pas d’accord. La disposition n’est pas ambiguë et l’interprétation qu’en a faite l’arbitre constituait la seule interprétation raisonnable. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi.

II. Faits

A. *Régime d’interdiction automatique de conduire de la Colombie-Britannique*

[7] Depuis les années 60, la Colombie-Britannique cherche à remédier au problème de la conduite avec facultés affaiblies au moyen de lois de nature réglementaire qui permettent aux agents de la paix de signifier des interdictions de conduire lors de contrôles routiers (voir la *Motor-vehicle Act Amendment Act, 1966*, S.B.C. 1966, c. 30, art. 34). En 2010, la province a élargi les pouvoirs des agents de la paix à cet

S.B.C. 2010, c. 14, s. 19. The constitutionality of the 2010 regime is at issue in the companion case of *Goodwin*. The present appeal concerns an amended version of the 2010 regime: *Motor Vehicle Amendment Act, 2012*, S.B.C. 2012, c. 26. It raises no constitutional challenge.

[8] The amended ARP scheme is dependent upon, and is only triggered by, a roadside demand for a breath sample made under s. 254 of the *Criminal Code*. Under the ARP scheme, when a driver registers a “Warn” or “Fail” on the ASD, the peace officer must issue a Notice, provided he or she has reasonable grounds to believe, as a result of the analysis, that the driver’s ability to drive is affected by alcohol. A driving prohibition must also be issued to individuals who fail or refuse to comply with a demand for a breath sample without reasonable excuse.

[9] Drivers who blow a “Warn” — when the ASD registers a blood alcohol concentration of 50 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood (“50 mg%”) or higher — receive a Notice prohibiting them from driving for 3, 7, or 30 days, depending on their driving history: *MVA*, s. 215.43(1). There is a corresponding fine of \$200, \$300, or \$400, respectively: *Motor Vehicle Act Regulations*, B.C. Reg. 26/58, s. 43.09. Drivers who blow a “Fail” — when the ASD registers a blood alcohol concentration of 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood (“80 mg%”) or higher — and drivers who refuse or fail to provide a breath sample receive a Notice prohibiting them from driving for 90 days and a \$500 fine: *MVA*, s. 215.43(2.1); *Motor Vehicle Act Regulations*, s. 43.09. Drivers who receive either a 30- or 90-day driving prohibition are subject to a mandatory 30-day vehicle impoundment: *MVA*, ss. 215.46(2) and 253(7). At the peace officer’s discretion, drivers who are served with a 3- or 7-day driving prohibition may also have their vehicle impounded for the duration of their driving prohibition: *MVA*, ss. 215.46(1) and 253(6). Drivers may also be subjected to a variety of other consequences, including enrollment in a remedial program and the imposition of an ignition interlock device: *MVA*, ss. 215.45 and 25.1(1). Drivers are required to bear

égard (*Motor Vehicle Amendment Act, 2010*, S.B.C. 2010, c. 14, art. 19). La constitutionnalité du régime de 2010 est en cause dans l’arrêt connexe *Goodwin*. Le présent appel porte sur une version modifiée de ce régime (*Motor Vehicle Amendment Act, 2012*, S.B.C. 2012, c. 26) et il ne soulève pas de contestation constitutionnelle.

[8] Le RIAC modifié s’applique, et ce, uniquement lorsque le prélèvement d’un échantillon d’haleine est ordonné en vertu de l’art. 254 du *C. cr.* Suivant ce régime, si le conducteur obtient le résultat « Avertissement » ou « Échec » sur l’ADA, l’agent de la paix est tenu de lui signifier un avis d’interdiction de conduire s’il a, en raison de l’analyse, des motifs raisonnables de croire que les facultés du conducteur en question sont affaiblies par l’alcool. Une telle interdiction doit également être signifiée au conducteur qui, sans excuse raisonnable, n’obtempère pas ou refuse d’obtempérer à un ordre de fournir un échantillon d’haleine.

[9] Les conducteurs qui obtiennent le résultat « Avertissement » — lorsque l’ADA mesure 50 milligrammes d’alcool par 100 millilitres (« 50 mg par 100 ml ») de sang ou plus — reçoivent un avis leur interdisant de conduire pendant 3, 7 ou 30 jours, selon leur dossier de conduite (*MVA*, par. 215.43(1)). L’amende applicable est de 200 \$, 300 \$ ou 400 \$ respectivement (*Motor Vehicle Act Regulations*, B.C. Reg. 26/58, art. 43.09). Les conducteurs qui obtiennent le résultat « Échec » — lorsque l’ADA mesure 80 milligrammes d’alcool par 100 millilitres (« 80 mg par 100 ml ») de sang ou plus — et les conducteurs qui refusent ou omettent de fournir un échantillon d’haleine reçoivent un avis leur interdisant de conduire pendant 90 jours ainsi qu’une amende de 500 \$ (*MVA*, par. 215.43(2.1); *Motor Vehicle Act Regulations*, art. 43.09). De plus, le véhicule des conducteurs visés par une interdiction de conduire de 30 ou de 90 jours est obligatoirement mis en fourrière pendant 30 jours (*MVA*, par. 215.46(2) et 253(7)). Les conducteurs ayant reçu signification d’une interdiction de conduire de 3 ou 7 jours peuvent également, à la discrétion de l’agent de la paix, voir leur véhicule mis en fourrière pour la durée de cette interdiction (*MVA*, par. 215.46(1) et 253(6)). Diverses autres mesures peuvent également être imposées, notamment l’inscription à un programme de

the costs of these programs, and must pay a fee to have their licence reinstated and their vehicle released if it has been impounded.

[10] An individual who has been issued a Notice may apply to the Superintendent of Motor Vehicles for review. However, the review is limited and the Superintendent may only revoke a Notice under certain grounds prescribed in s. 215.5 of the *MVA*. For an individual who has blown a “Warn” or “Fail”, the factors the Superintendent is to consider are:

- Whether the person was a “driver” within the statutory meaning;
- Whether the person was advised of his or her right to a second ASD analysis and provided with a second analysis (if requested);
- Whether the second analysis, if requested, was performed with a different ASD machine;
- Whether the Notice was served on the basis of the lower of the two analysis results;
- Whether the ASD registered a “Warn” as a result of the driver’s blood alcohol concentration being at least 50 mg% or the ASD registered a “Fail” as a result of the driver’s blood alcohol concentration being at least 80 mg%;
- Whether the result of the analysis was reliable; and
- In the case of a 7-day prohibition, whether it was the driver’s second prohibition, and in the case of a 30-day prohibition, whether it was the driver’s third or subsequent prohibition.

rééducation et l’installation d’un dispositif de verrouillage du système de démarrage (*MVA*, art. 215.45 et 25.1(1)). Les conducteurs doivent assumer le coût de ces programmes et payer les droits requis pour récupérer leur permis ainsi que leur véhicule si celui-ci a été mis en fourrière.

[10] Le conducteur ayant reçu un avis d’interdiction de conduire peut présenter une demande de réexamen au Surintendant. Cependant, ce réexamen est limité et le Surintendant ne peut révoquer un tel avis qu’en se fondant sur certains motifs prévus à l’art. 215.5 de la *MVA*. En effet, lorsqu’une personne a obtenu le résultat « Avertissement » ou « Échec », le Surintendant doit prendre en considération les facteurs suivants :

- Était-elle la « conductrice » au sens de la loi?
- A-t-elle été informée de son droit à une deuxième analyse effectuée au moyen d’un ADA et la deuxième analyse (si elle en a fait la demande) a-t-elle été effectuée?
- La deuxième analyse (si la personne en a fait la demande) a-t-elle été effectuée avec un ADA différent?
- La signification de l’avis reposait-elle sur le plus bas des deux résultats d’analyse?
- L’ADA a-t-il donné le résultat « Avertissement » parce que la personne visée avait une alcoolémie d’au moins 50 mg par 100 ml de sang, ou a-t-il donné le résultat « Échec » parce qu’elle avait une alcoolémie d’au moins 80 mg par 100 ml de sang?
- Le résultat de l’analyse était-il fiable?
- Dans le cas d’une interdiction de 7 jours, s’agissait-il de la deuxième interdiction lui ayant été infligée, et, dans le cas d’une interdiction de 30 jours, s’agissait-il de la troisième interdiction ou d’une interdiction subséquente lui ayant été infligée?

B. *Mr. Wilson's Driving Prohibition and Application for Review*

[11] On September 19, 2012, at 10:40 p.m., Mr. Wilson was stopped at a police road check near Coombs, British Columbia. The peace officer conducting the road check noticed an odour of alcohol on Mr. Wilson's breath. Upon being questioned, Mr. Wilson admitted to having consumed four beers hours earlier. Mr. Wilson then provided samples of his breath into two different ASDs — the first at 10:41 p.m. and the second at 10:46 p.m. Both devices registered a "Warn" reading. Consequently, the peace officer served Mr. Wilson with a Notice, prohibiting him from driving for a period of three days, under s. 215.41(3.1) of the *MVA*.

[12] Mr. Wilson applied to the Superintendent of Motor Vehicles for a review, seeking to have the Notice revoked. He argued that the officer lacked reasonable grounds to believe that his ability to drive was affected by alcohol. According to Mr. Wilson, the ASD result alone could not provide the officer with the reasonable grounds required by s. 215.41(3.1) of the *MVA*: the officer was also required to point to other confirmatory evidence indicating that his ability to drive was affected by alcohol. The relevant provision of the *MVA* reads:

215.41

(3.1) If, at any time or place on a highway or industrial road,

(a) a peace officer makes a demand to a driver under the Criminal Code to provide a sample of breath for analysis by means of an approved screening device and the approved screening device registers a warn or a fail, and

(b) the peace officer has reasonable grounds to believe, as a result of the analysis, that the driver's ability to drive is affected by alcohol,

the peace officer, or another peace officer, must,

B. *Interdiction de conduire infligée à M. Wilson et demande de réexamen*

[11] Le 19 septembre 2012 à 22 h 40, M. Wilson a été arrêté par la police à un poste de contrôle routier près de Coombs, en Colombie-Britannique. L'agent de la paix ayant effectué le contrôle a remarqué que l'haleine de M. Wilson dégageait une odeur d'alcool. Lorsqu'il a été interrogé, ce dernier a admis avoir consommé quatre bières quelques heures auparavant. Il a ensuite fourni des échantillons de son haleine dans deux ADA différents, soit à 22 h 41 et à 22 h 46. Les deux appareils ont donné le résultat « Avertissement ». L'agent de la paix a donc signifié à M. Wilson un avis qui lui interdisait de conduire pendant une période de trois jours, en application du par. 215.41(3.1) de la *MVA*.

[12] M. Wilson a présenté une demande de réexamen au Surintendant en vue d'obtenir la révocation de l'avis. Il a fait valoir que l'agent n'avait pas de motifs raisonnables de croire que sa capacité de conduire était affaiblie par l'alcool. Selon M. Wilson, le résultat de l'ADA ne pouvait, à lui seul, fournir à l'agent les motifs raisonnables exigés par le par. 215.41(3.1) de la *MVA* : en effet, à son avis, l'agent devait également mentionner d'autres éléments de preuve confirmant que sa capacité de conduire était affaiblie par l'alcool. La disposition pertinente de la *MVA* est rédigée en ces termes :

[TRADUCTION]

215.41 . . .

(3.1) Lorsque, à un moment ou à un endroit quelconque sur une autoroute ou une route industrielle,

(a) un conducteur obtient un avertissement ou un échec après avoir fourni pour analyse dans un appareil de détection approuvé un échantillon d'haleine exigé par un agent de la paix en application du Code criminel et que

(b) l'agent de la paix a, en raison de l'analyse, des motifs raisonnables de croire que le conducteur a les facultés affaiblies par l'alcool,

l'agent de la paix ou un autre agent de la paix doit

(c) if the driver holds a valid licence or permit issued under this Act, or a document issued in another jurisdiction that allows the driver to operate a motor vehicle, take possession of the driver's licence, permit or document if the driver has it in his or her possession, and

(d) subject to section 215.42, serve on the driver a notice of driving prohibition.

[13] Adjudicator Hughes rejected Mr. Wilson's argument and held that the "Warn" result, standing alone, provided the officer with the grounds he needed to issue a Notice. He therefore confirmed Mr. Wilson's driving prohibition.

III. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court (Dley J.), 2013 BCSC 1638*

[14] Mr. Wilson applied to the British Columbia Supreme Court for judicial review. The reviewing judge noted that s. 215.41(3.1)(b) of the *MVA* requires a peace officer to *believe*, as a result of the analysis, that the driver's ability to drive is affected by alcohol (para. 20). In his view, if it was the legislature's intent that a Notice be issued solely on the basis of an ASD reading, it would not have included this requirement. He therefore held that on a plain reading of the legislation, additional confirmatory evidence was required before a Notice could be issued. It followed that the adjudicator's interpretation of s. 215.41(3.1) was unreasonable. As there was no confirmatory evidence indicating that Mr. Wilson's ability to drive was affected by alcohol, the reviewing judge set aside the Notice.

B. *British Columbia Court of Appeal (Saunders, Levine and Harris J.J.A.), 2014 BCCA 202, 60 B.C.L.R. (5th) 371*

[15] The Superintendent appealed to the British Columbia Court of Appeal. Writing for a unanimous court, Harris J.A. considered the text, context, and purpose of the *MVA*, and concluded that the adjudicator's interpretation was reasonable. In his view,

(c) prendre possession du permis ou certificat valide que détient le conducteur sous le régime de la présente loi ou de tout autre document qui lui a été délivré à l'extérieur de la province et qui l'autorise à conduire un véhicule à moteur, si ce permis, certificat ou autre document est en sa possession;

(d) sous réserve de l'art. 215.42, signifier un avis d'interdiction de conduire au conducteur.

[13] L'arbitre Hughes a rejeté l'argument de M. Wilson et conclu que le message d'« Avertissement » fournissait à l'agent, à lui seul, les motifs requis pour signifier un avis. Il a donc confirmé l'interdiction de conduire infligée à M. Wilson.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique (juge Dley), 2013 BCSC 1638*

[14] M. Wilson a présenté une demande de contrôle judiciaire à la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Le juge saisi de la demande a souligné que selon l'al. 215.41(3.1)(b) de la *MVA*, il faut que l'agent de la paix *croie*, en raison de l'analyse, que le conducteur a les facultés affaiblies par l'alcool (par. 20). À son avis, si le législateur avait voulu que l'avis soit signifié sur la seule foi du résultat indiqué sur l'ADA, il n'aurait pas prévu cette exigence. Il a donc conclu que, suivant le sens ordinaire de la loi, il faut des éléments de preuve corroborants additionnels avant qu'un avis puisse être signifié. À son avis, l'interprétation donnée par l'arbitre au par. 215.41(3.1) était donc déraisonnable. Comme aucun élément de preuve ne confirmait que la capacité de conduire de M. Wilson était affaiblie par l'alcool, le juge chargé du contrôle a annulé l'avis.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique (juges Saunders, Levine et Harris), 2014 BCCA 202, 60 B.C.L.R. (5th) 371*

[15] Le Surintendant a interjeté appel à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Dans un jugement unanime, le juge Harris a examiné le texte, le contexte et l'objet de la *MVA* avant de conclure que l'interprétation de l'arbitre était raisonnable.

it better fulfilled the legislative purpose than did Mr. Wilson's interpretation (para. 33). He therefore reinstated the Notice.

IV. Issue

[16] The only issue on appeal is whether the adjudicator's interpretation of s. 215.41(3.1) of the *MVA* was reasonable. That is a matter of statutory interpretation. Mr. Wilson does not challenge the constitutionality of the provision.

V. Analysis

[17] An administrative decision maker's interpretation of his or her home statute is presumptively owed deference: *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at para. 21; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 34; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 54. The parties acknowledge, correctly in my view, that reasonableness is the applicable standard of review.

[18] When assessing the reasonableness of an administrative decision maker's interpretation, Driedger's modern rule of statutory interpretation provides helpful guidance:

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)

[19] These principles must be kept in mind when analyzing the reasonableness of the adjudicator's interpretation. For convenience, I repeat the relevant portion of s. 215.41(3.1):

À son avis, cette interprétation répondait davantage à l'objectif législatif que celle proposée par M. Wilson (par. 33). Il a donc rétabli l'avis.

IV. Question en litige

[16] La seule question en litige en l'espèce est celle de savoir si l'interprétation donnée par l'arbitre au par. 215.41(3.1) de la *MVA* était raisonnable. Il s'agit d'une question d'interprétation législative. M. Wilson ne conteste pas la constitutionnalité de la disposition.

V. Analyse

[17] On présume que l'interprétation par un décideur administratif de sa loi constitutive commande la déférence : *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, par. 21; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 34; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 54. Les parties reconnaissent, à juste titre selon moi, que la norme applicable est celle de la décision raisonnable.

[18] Pour juger du caractère raisonnable de l'interprétation d'un décideur administratif, la règle moderne d'interprétation des lois formulée par Driedger apporte un éclairage utile dans l'évaluation :

[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^e éd. 1983), p. 87)

[19] Il faut garder ces principes à l'esprit lors de l'analyse du caractère raisonnable de l'interprétation de l'arbitre. Par souci de commodité, je répète ici le passage pertinent du par. 215.41(3.1) :

(3.1) If, at any time or place on a highway or industrial road,

(a) a peace officer makes a demand to a driver under the Criminal Code to provide a sample of breath for analysis by means of an approved screening device and the approved screening device registers a warn or a fail, and

(b) the peace officer has reasonable grounds to believe, as a result of the analysis, that the driver's ability to drive is affected by alcohol,

[20] Mr. Wilson has the burden of demonstrating that the adjudicator's interpretation was unreasonable: *McLean*, at para. 41. While he advances various arguments in an attempt to meet this burden, in the end, his case rests on the premise that s. 215.41(3.1) of the *MVA* is ambiguous and that *Charter* values must be applied to resolve the ambiguity: *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 28. And because the adjudicator did not take *Charter* values into account, his decision must, for that reason, be set aside as unreasonable.

[21] Before considering the merits of Mr. Wilson's argument, I feel obliged to point out, in fairness to the adjudicator, that he was not asked to consider *Charter* values as an interpretive tool; nor, indeed, was the reviewing judge. The ambiguity claim was made for the first time in the Court of Appeal — and then, only in passing. This may explain why the Court of Appeal did not explicitly address it in its reasons, although I believe it did so implicitly.

[22] It is settled law that a genuine ambiguity only exists when there are "two or more plausible readings, each equally in accordance with the intentions of the statute": *CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743, at para. 14; *Bell ExpressVu*, at paras. 29-30. In stating that the adjudicator's interpretation better fulfilled the legislative purpose than did Mr. Wilson's

[TRADUCTION]

(3.1) Lorsque, à un moment ou à un endroit quelconque sur une autoroute ou une route industrielle,

(a) un conducteur obtient un avertissement ou un échec après avoir fourni pour analyse dans un appareil de détection approuvé un échantillon d'haleine exigé par un agent de la paix en application du Code criminel et que

(b) l'agent de la paix a, en raison de l'analyse, des motifs raisonnables de croire que le conducteur a les facultés affaiblies par l'alcool,

[20] M. Wilson a le fardeau de démontrer que l'interprétation de l'arbitre était déraisonnable : *McLean*, par. 41. Même s'il invoque divers arguments pour s'acquitter de ce fardeau, son recours repose en définitive sur la prémisse voulant que le par. 215.41(3.1) de la *MVA* soit ambigu et qu'il faille recourir aux valeurs consacrées par la *Charte* pour dissiper cette ambiguïté : *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 28. Selon M. Wilson, comme l'arbitre n'a pas pris en considération ces valeurs, sa décision doit être annulée en raison de son caractère déraisonnable.

[21] Avant d'examiner le bien-fondé de l'argument de M. Wilson, il me faut souligner, pour être juste envers l'arbitre, qu'on ne lui a pas demandé de tenir compte des valeurs consacrées par la *Charte* comme outil d'interprétation; et, d'ailleurs, qu'on n'a pas demandé non plus au juge chargé du contrôle de le faire. L'argument d'ambiguïté a été invoqué pour la première fois devant la Cour d'appel — et uniquement de manière incidente. Cela pourrait d'ailleurs expliquer pourquoi cette dernière n'en a pas traité explicitement dans ses motifs, bien que j'estime qu'elle l'ait fait implicitement.

[22] Il est bien établi en droit qu'il n'y a ambiguïté véritable que lorsqu'il existe « deux ou plusieurs interprétations plausibles, qui s'harmonisent chacune également avec l'intention du législateur » : *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743, par. 14; *Bell ExpressVu*, par. 29-30. L'affirmation de la Cour d'appel selon laquelle l'interprétation de l'arbitre

interpretation, this could be taken to mean that the Court of Appeal did not consider the provision to be ambiguous (para. 33).

[23] Be that as it may, Mr. Wilson maintains that s. 215.41(3.1) is ambiguous and that *Charter* values must be applied to discern the legislature's true intent. In support of his position, he emphasizes that the *Criminal Code* roadside screening regime passes constitutional muster because it contains various safeguards designed to protect the ss. 8 and 10(b) *Charter* rights of drivers — safeguards that do not exist under the ARP regime. In particular, he points to the following features of the *Criminal Code* regime:

- A driver may challenge whether the police had the “reasonable suspicion” necessary to make a demand;
- The test must be conducted forthwith; and
- The ASD results cannot be used as evidence in a criminal trial to prove either impairment or the driver's blood alcohol level.

[24] Mr. Wilson submits that because the ARP scheme is triggered by a roadside demand for a breath sample under the *Criminal Code*, it must be interpreted in a way that is consistent with the *Code's* protections. To that end, he contends that the “reasonable grounds to believe” requirement must be given a robust interpretation — it cannot be satisfied by the ASD result alone. Other confirmatory evidence is required. Mr. Wilson insists that unless his interpretation is adopted, the ARP scheme will be out of sync with *Charter* values because it does not approximate the protections associated with ASD testing under the *Criminal Code*.

répondait davantage à l'objectif législatif que celle proposée par M. Wilson pourrait donner à penser qu'elle n'a pas considéré que la disposition était ambiguë (par. 33).

[23] Quoi qu'il en soit, M. Wilson soutient que le par. 215.41(3.1) est ambigu et qu'il faut recourir aux valeurs consacrées par la *Charte* pour cerner l'intention véritable du législateur. À l'appui de sa thèse, il souligne que le régime de détection routier établi par le *C. cr.* est constitutionnel parce qu'il comporte diverses mesures destinées à protéger les droits garantis aux conducteurs par l'art. 8 et l'al. 10b) de la *Charte*, des mesures absentes du RIAC. Plus particulièrement, M. Wilson fait ressortir les caractéristiques suivantes du régime prévu au *C. cr.* :

- Le conducteur peut contester le fait que les policiers avaient les « soupçons raisonnables » requis pour pouvoir exiger le prélèvement d'un échantillon d'haleine;
- Le test doit être effectué immédiatement;
- Les résultats indiqués sur l'ADA ne peuvent servir à prouver l'affaiblissement des facultés ou l'alcoolémie du conducteur dans le cadre d'un procès criminel.

[24] Selon M. Wilson, comme il entre en jeu lorsque le prélèvement d'un échantillon d'haleine est ordonné en application du *C. cr.*, le RIAC doit être interprété d'une manière qui soit compatible avec les protections conférées par celui-ci. À cet égard, il soutient que l'exigence des « motifs raisonnables de croire » doit recevoir une interprétation robuste — le résultat de l'ADA n'est pas suffisant en soi pour permettre d'y satisfaire; d'autres éléments de preuve corroborants sont nécessaires. M. Wilson prétend que, si son interprétation n'est pas retenue, le RIAC sera incompatible avec les valeurs consacrées par la *Charte* parce qu'il n'accorde pas de protections comparables à celles que confère le *C. cr.* lors d'une analyse effectuée au moyen d'un ADA.

[25] With respect, Mr. Wilson’s argument must fail. It suffers from a fatal flaw — s. 215.41(3.1) is not ambiguous. As I observed earlier, at para. 22, a genuine ambiguity exists only when there are two or more plausible readings, each equally in accordance with the intentions of the statute. Section 215.41(3.1) does not meet that test. Indeed, in my view, it does not even give rise to two plausible readings, let alone two such readings that are equally in accordance with the intentions of the statute. Rather, as I will explain, when read in light of its text, context, and legislative objective, it admits of only one reasonable interpretation — the one arrived at by the adjudicator. *Charter* values may not be used “to create ambiguity when none exists”: *R. v. Clarke*, 2014 SCC 28, [2014] 1 S.C.R. 612, at para. 1. Consequently, they have no role to play as an interpretive tool in this case: *Charlebois v. Saint John (City)*, 2005 SCC 74, [2005] 3 S.C.R. 563, at paras. 23-24; *Bell ExpressVu*, at para. 62. That being so, in the circumstances, I need not decide whether Mr. Wilson’s argument would necessarily have succeeded had I found s. 215.41(3.1) to be ambiguous.

A. Text

[26] The plain meaning of s. 215.41(3.1) supports the adjudicator’s interpretation. It explicitly links the officer’s belief to the result of the ASD analysis. The provision states that the peace officer must have reasonable grounds to believe, *as a result of the analysis*, that the driver’s ability to drive is affected by alcohol. The wording could not be clearer. The ASD analysis is the yardstick against which to measure the reasonableness of the officer’s belief.

[27] Mr. Wilson submits that the officer’s belief must be based not only on the ASD result, but also on confirmatory evidence showing that the driver’s ability to drive is affected by alcohol. I would reject this interpretation. It is not supported by the text of the provision, and it requires the court to read in

[25] À mon avis, l’argument de M. Wilson doit être rejeté. Il souffre d’un vice fatal : le par. 215.41(3.1) n’est pas ambigu. Comme je l’ai souligné au par. 22, il n’y a d’ambiguïté véritable que lorsqu’il existe deux ou plusieurs interprétations plausibles, qui s’harmonisent chacune également avec l’intention du législateur. Or, le par. 215.41(3.1) ne satisfait pas à ce test. En effet, selon moi, cette disposition ne donne même pas ouverture à deux interprétations plausibles, et encore moins à deux telles interprétations qui s’harmonisent chacune également avec l’intention du législateur. Comme je l’expliquerai, lorsque cette disposition est interprétée à la lumière de son libellé, du contexte et de l’intention du législateur, on ne peut plutôt lui donner qu’une seule interprétation raisonnable — soit celle à laquelle en est venu l’arbitre. Les valeurs consacrées par la *Charte* ne sauraient servir « à créer une ambiguïté alors qu’il n’en existe aucune » : *R. c. Clarke*, 2014 CSC 28, [2014] 1 R.C.S. 612, par. 1. Elles ne constituent donc pas un outil d’interprétation en l’espèce : *Charlebois c. Saint John (Ville)*, 2005 CSC 74, [2005] 3 R.C.S. 563, par. 23-24; *Bell ExpressVu*, par. 62. Dans les circonstances, je n’ai donc pas à décider si l’argument de M. Wilson aurait nécessairement été retenu si j’avais conclu que le par. 215.41(3.1) était ambigu.

A. Libellé

[26] Le sens ordinaire du par. 215.41(3.1) étaye l’interprétation de l’arbitre. Cette disposition établit explicitement un lien entre la croyance de l’agent et le résultat de l’analyse effectuée au moyen de l’ADA. En effet, elle prévoit que l’agent de la paix doit avoir, *en raison de l’analyse*, des motifs raisonnables de croire que le conducteur a les facultés affaiblies par l’alcool. Le libellé ne saurait être plus clair. L’analyse effectuée au moyen de l’ADA sert de jalon pour mesurer le caractère raisonnable de la croyance de l’agent.

[27] Selon M. Wilson, la croyance de l’agent doit reposer non seulement sur le résultat de l’analyse effectuée au moyen de l’ADA, mais aussi sur des éléments de preuve qui confirment que les facultés du conducteur sont affaiblies par l’alcool. Je suis d’avis de rejeter cette interprétation qui ne trouve

words that are simply not there. This Court has cautioned against judicial rewriting of legislation under the guise of interpreting it:

. . . the contextual approach allows the courts to depart from the common grammatical meaning of words where this is required by a particular context, but it does not generally mandate the courts to read words into a statutory provision. It is only when words are “reasonably capable of bearing” a particular meaning that they may be interpreted contextually. . . .

The Crown is asking this Court to read words into s. 34(2) which are simply not there. In my view, to do so would be tantamount to amending s. 34(2), which is a legislative and not a judicial function. [First emphasis in original; second emphasis added.]

(*R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at p. 701; cited with approval in *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533, at para. 174. See also *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128, at paras. 8-9 and 36; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, 2011 SCC 25, [2011] 2 S.C.R. 306, at para. 40.)

[28] Mr. Wilson further submits that the adjudicator’s interpretation gives no meaning to s. 215.41 (3.1)(b). He points out that the provision uses mandatory language requiring peace officers to issue a Notice when there are reasonable grounds to believe an individual’s ability to drive is affected by alcohol. He argues that if a “Warn” or a “Fail” result constitutes reasonable grounds on its own, para. (b) is superfluous: the legislature could have simply stated that the officer must issue a Notice on the basis of a “Warn” or “Fail” result. For that reason, he contends that the wording of the statute must require something more than merely the ASD result.

pas appui dans le texte de la disposition et qui obligerait la cour à y inclure des termes qui ne s’y trouvent tout simplement pas alors qu’elle a souligné antérieurement que les tribunaux doivent se garder de réécrire une loi sous prétexte de l’interpréter :

. . . l’analyse contextuelle permet aux tribunaux de s’écarter du sens grammatical ordinaire des termes lorsqu’un contexte particulier l’exige, mais elle n’exige généralement pas des tribunaux qu’ils introduisent des termes dans une disposition législative. C’est seulement lorsqu’« ils peuvent raisonnablement avoir » un sens particulier que ces termes peuvent être interprétés d’après leur contexte. . . .

Le ministère public demande à notre Cour d’inclure dans le par. 34(2) des termes qui ne s’y trouvent pas. À mon avis, cela équivaldrait à modifier le par. 34(2), ce qui constitue une fonction législative et non judiciaire. [Premier soulignement dans l’original; deuxième soulignement ajouté.]

(*R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, p. 701; cité avec approbation dans *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533, par. 174. Voir aussi *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128, par. 8-9 et 36; *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, 2011 CSC 25, [2011] 2 R.C.S. 306, par. 40.)

[28] M. Wilson soutient également que l’interprétation de l’arbitre ne donne aucun sens à l’al. 215.41 (3.1)(b). Il souligne que la disposition utilise un libellé impératif ayant pour effet d’obliger les agents de la paix à signifier un avis lorsqu’ils ont des motifs raisonnables de croire que la capacité de conduire d’une personne est affaiblie par l’alcool. Selon lui, si un « Avertissement » ou un « Échec » fournit, à lui seul, de tels motifs, l’al. (b) est superflu : le législateur aurait pu tout simplement dire que l’agent doit signifier un avis si l’un de ces deux résultats est obtenu. Pour ce motif, il soutient que le libellé de la loi exige sûrement davantage que le seul résultat de l’analyse effectuée au moyen d’un ADA.

[29] In my view, both the Court of Appeal and the Crown respondent provide a convincing answer to this argument. As they point out, there can be situations in which a driver blows a “Warn” or “Fail”, but the officer has reason to doubt the accuracy of the result. Two examples come to mind:

- The officer has reason to doubt that the ASD device functioned properly.
- The officer has reason to doubt that the sample was taken properly (i.e., in accordance with the procedures for obtaining reliable readings from ASD devices).

The inclusion of the phrase “as a result of the analysis” precludes an officer from issuing a Notice in such situations. The officer must have an honest belief in the accuracy of the ASD result. Only then will he or she have reasonable grounds to believe “as a result of the analysis” that the individual’s ability to drive is affected by alcohol. This interpretation gives meaning to the words used in the statute; it does not read in wording that introduces a new dimension to the provision, as Mr. Wilson would have it.

B. *Context*

[30] The context of the statutory scheme also indicates that the adjudicator’s interpretation is reasonable. His interpretation is consistent with the grounds on which the Superintendent may review a peace officer’s decision to issue a Notice: *MVA*, s. 215.5(1). The grounds for review are limited. As described in para. 10, they include whether the driver was advised of his or her right to a second analysis, whether the second analysis was performed on a different machine, whether the ASD accurately registered a “Warn” or “Fail”, and whether the ASD result was reliable. In short, the grounds of review focus primarily on the manner in which the ASD test was administered and the reliability of the results. Nothing suggests that the Superintendent may revoke a Notice if a peace officer does not point to other confirmatory evidence. This indicates that the legislature did not intend to require other confirmatory evidence

[29] À mon avis, la Cour d’appel et le ministère public intimé répondent tous deux de manière convaincante à cet argument. Comme ils le font remarquer, il peut y avoir des cas où un conducteur obtient un « Avertissement » ou un « Échec », mais où l’agent a des raisons de douter de l’exactitude de ce résultat. Deux exemples viennent à l’esprit :

- L’agent a des motifs de douter du bon fonctionnement de l’ADA;
- L’agent a des raisons de douter que l’échantillon ait été prélevé correctement (c.-à-d. conformément aux procédures applicables pour obtenir des résultats fiables d’un ADA).

L’inclusion des mots « en raison de l’analyse » empêche l’agent de signifier un avis dans de telles situations. En effet, il doit croire sincèrement à l’exactitude du résultat indiqué sur l’ADA. Ce n’est que dans ce cas qu’il pourra avoir, « en raison de l’analyse », des motifs raisonnables de croire que le conducteur a les facultés affaiblies par l’alcool. Cette interprétation donne un sens aux mots utilisés dans la loi et elle n’introduit pas de termes qui lui apporteraient une dimension nouvelle, comme le souhaiterait M. Wilson.

B. *Contexte*

[30] Le caractère raisonnable de l’interprétation de l’arbitre ressort également du contexte dans lequel s’inscrit le régime législatif en cause. En effet, cette interprétation se concilie avec les motifs limités qui autorisent le Surintendant à réexaminer la décision d’un agent de signifier un avis (*MVA*, par. 215.5(1)). Comme nous l’avons vu au par. 10, le Surintendant doit se demander notamment si le conducteur a été informé de son droit à une deuxième analyse, si la deuxième analyse a été effectuée avec une machine différente, si l’ADA a donné avec exactitude l’indication « Avertissement » ou « Échec » et si le résultat de l’analyse était fiable. En somme, les motifs de réexamen s’attachent principalement à la manière dont l’analyse a été effectuée ainsi qu’à la fiabilité des résultats. Rien n’indique que le Surintendant peut révoquer un avis si l’agent de la paix ne mentionne pas d’autres éléments de preuve corroborants.

as a precondition to issuing a Notice, and in turn, supports the reasonableness of the adjudicator's interpretation.

[31] Mr. Wilson makes one final argument about context. He asserts that because the ARP scheme is triggered by a *Criminal Code* demand for a breath sample, it is subsidiary legislation and therefore must incorporate the protections that are present under the *Code*. He insists that by departing from these protections, the adjudicator's interpretation ignores the link between the two statutes.

[32] This argument can be disposed of summarily. The *MVA* and the *Code* are two independent statutes, with two distinct purposes. They were enacted by two different levels of government, neither of which is subordinate to the other: *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837, at para. 71. Under the *MVA*, the demand for a breath sample triggers a regulatory regime that is wholly independent of the *Criminal Code*. The fact that the *MVA* relies on a *Criminal Code* demand for a breath sample does not render it subsidiary legislation.

[33] In addition, it has long been recognized that regulatory legislation, such as the *MVA*, differs from criminal legislation in the way it balances individual liberties against the protection of the public. Under regulatory legislation, the public good often takes on greater weight. In *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at p. 219, this Court held that

[r]egulatory legislation involves a shift of emphasis from the protection of individual interests and the deterrence and punishment of acts involving moral fault to the protection of public and societal interests. While criminal offences are usually designed to condemn and punish past, inherently wrongful conduct, regulatory measures are generally directed to the prevention of future harm through the enforcement of minimum standards of conduct and care.

Cela montre que le législateur n'avait pas l'intention d'exiger d'autres éléments de preuve corroborants comme condition préalable à la signification d'un avis et que l'interprétation de l'arbitre était donc raisonnable.

[31] M. Wilson invoque un dernier argument relatif au contexte. À son avis, comme il entre en jeu lorsque le prélèvement d'un échantillon d'haleine est ordonné en application du *C. cr.*, le RIAC constitue une mesure législative accessoire qui doit donc inclure les protections offertes par ce dernier. Selon lui, en faisant abstraction de ces protections, l'interprétation de l'arbitre ne tient pas compte du lien qui existe entre les deux lois.

[32] Cet argument peut être tranché sommairement. La *MVA* et le *C. cr.* sont deux lois indépendantes ayant deux objets distincts. Ils ont été édictés par deux ordres de gouvernement différents, aucun des deux n'étant subordonné à l'autre : *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837, par. 71. Dans la *MVA*, l'ordre de fournir un échantillon d'haleine déclenche l'application d'un régime de réglementation entièrement indépendant du *C. cr.* Le fait que la *MVA* renvoie à un ordre de fournir un échantillon d'haleine donné en application de ce dernier ne permet pas d'assimiler cette loi à une mesure législative accessoire.

[33] En outre, il est reconnu depuis longtemps qu'une loi de nature réglementaire comme la *MVA* se distingue d'une loi de nature criminelle dans la manière dont elle met en balance les libertés individuelles et la protection du public. Dans une loi de nature réglementaire, on accorde souvent plus de poids à l'intérêt public. Dans *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, p. 219, la Cour a conclu :

[L]a législation réglementaire implique que la protection des intérêts publics et sociaux passe avant celle des intérêts individuels et avant la dissuasion et la sanction d'actes comportant une faute morale. Alors que les infractions criminelles sont habituellement conçues afin de condamner et de punir une conduite antérieure répréhensible en soi, les mesures réglementaires visent généralement à prévenir un préjudice futur par l'application de normes minimales de conduite et de prudence.

[34] These comments are particularly apt in the case of regulatory legislation involving roadside driving prohibitions: *R. v. Gordon*, 2002 BCCA 224, 100 B.C.L.R. (3d) 35, at paras. 26-27. Roadside driving prohibitions are a tool to promote public safety. As such, the legislation necessarily places greater weight on this goal. Unlike the criminal law regime, persons who register a “Warn” or “Fail” under the regulatory regime do not end up with a criminal record, nor are they exposed to the more onerous sanctions under the criminal law, including the risk of incarceration. In short, regulatory legislation does not share the same purpose as the criminal law, and it would be a mistake to interpret it as though it did. I therefore reject Mr. Wilson’s contention that the ARP scheme must incorporate the same protections as those provided under the *Criminal Code* regime.

[35] In sum, the adjudicator’s interpretation of s. 215.41(3.1) is consistent with the statutory context, and Mr. Wilson’s is not.

C. *Legislative Objective*

[36] The adjudicator’s decision is also consistent with the legislative objective. Roadside driving prohibitions serve a pressing public safety purpose. As Cory J. said in *R. v. Bernshaw*, [1995] 1 S.C.R. 254, at para. 16:

Every year, drunk driving leaves a terrible trail of death, injury, heartbreak and destruction. From the point of view of numbers alone, it has a far greater impact on Canadian society than any other crime. In terms of the deaths and serious injuries resulting in hospitalization, drunk driving is clearly the crime which causes the most significant social loss to the country.

[37] Roadside driving prohibitions are an important tool for confronting and reducing the devastating effects of impaired driving. Courts have repeatedly

[34] Ces commentaires sont particulièrement pertinents dans le cas d’une loi de nature réglementaire qui prévoit l’imposition d’interdictions de conduire dans le cadre de contrôles routiers : *R. c. Gordon*, 2002 BCCA 224, 100 B.C.L.R. (3d) 35, par. 26-27. Ces interdictions visent à favoriser la sécurité publique. La loi accorde donc nécessairement plus de poids à cet objectif. Contrairement à ce qui se produit en cas d’application du régime de droit criminel, les personnes qui obtiennent un « Avertissement » ou un « Échec » suivant le régime réglementaire ne se retrouvent pas avec un casier judiciaire; elles ne sont pas non plus passibles des sanctions plus sévères prévues par le premier de ces régimes, dont l’incarcération. Bref, une loi de nature réglementaire ne vise pas le même objectif qu’une loi de nature criminelle et ce serait une erreur de l’interpréter comme si c’était le cas. Je rejette donc l’argument de M. Wilson selon lequel le RIAC doit comporter les mêmes mesures de protection que celles offertes par le régime établi par le *C. cr.*

[35] En somme, l’interprétation que donne l’arbitre au par. 215.41(3.1) est compatible avec le contexte législatif, ce qui n’est pas le cas de celle proposée par M. Wilson.

C. *Objectif législatif*

[36] La décision de l’arbitre est également compatible avec l’objectif législatif. Les interdictions de conduire signifiées lors de contrôles routiers servent un objectif de sécurité publique urgent. Comme l’a affirmé le juge Cory dans l’arrêt *R. c. Bernshaw*, [1995] 1 R.C.S. 254, par. 16 :

Chaque année, l’ivresse au volant entraîne énormément de décès, de blessures, de peine et de destruction. Au plan numérique seulement, l’ivresse au volant a une plus grande incidence sur la société canadienne que tout autre crime. Du point de vue des décès et des blessures graves donnant lieu à l’hospitalisation, la conduite avec facultés affaiblies est de toute évidence le crime qui cause la plus grande perte sociale au pays.

[37] Les interdictions de conduire infligées lors de contrôles routiers constituent un outil important pour contrer et réduire les effets dévastateurs de la

held that driving prohibitions serve the twin purposes of increasing highway safety and deterring impaired driving: *Sivia v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2014 BCCA 79, 307 C.C.C. (3d) 77, at para. 104; *Gordon*, at paras. 25-27; *Buhlers v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 1999 BCCA 114, 170 D.L.R. (4th) 344, at paras. 28-29.

[38] The ARP regime in question is no exception. When its predecessor was introduced in 2010, Minister de Jong confirmed that the objective of the scheme was to improve highway safety and to deter impaired driving:

Bill 14 [the *Motor Vehicle Amendment Act, 2010*] fulfils a throne speech commitment to introduce significant changes to reduce impaired driving and dangerous driving and improve public safety on our highways.

The amendments will address impaired driving by focusing on intervention and deterrence. . . .

Of late we are sadly seeing an escalation in incidents of impaired driving and all of the resulting tragedy that flows from that. The amendments . . . will give police more tools at the roadside to remove impaired and dangerous drivers from the road as a means of reducing the body count on B.C.'s highways. [Emphasis added.]

(British Columbia, Legislative Assembly, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 16, No. 1, 2nd Sess., 39th Parl., April 27, 2010, at p. 4871)

[39] When the amended regime came into force in 2012, Minister Bond emphasized that the legislature had not wavered from these goals:

In September 2010, with the support of this House, we introduced new sanctions for impaired driving. We set a

conduite avec facultés affaiblies. Les tribunaux ont conclu à maintes reprises que de telles interdictions poursuivent deux objectifs : accroître la sécurité routière et décourager la conduite avec facultés affaiblies : *Sivia c. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2014 BCCA 79, 307 C.C.C. (3d) 77, par. 104; *Gordon*, par. 25-27; *Buhlers c. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 1999 BCCA 114, 170 D.L.R. (4th) 344, par. 28-29.

[38] Le RIAC en cause en l'espèce ne fait pas exception. Quand la version antérieure du régime été présentée en 2010, le ministre de Jong a confirmé qu'il avait pour objectif d'accroître la sécurité routière et de décourager la conduite avec facultés affaiblies :

[TRADUCTION] Le projet de loi 14 [la *Motor Vehicle Amendment Act, 2010*] remplit un engagement du discours du Trône soit d'apporter des modifications importantes au régime en place en vue de réduire les cas de conduite avec facultés affaiblies et de conduite dangereuse, et d'accroître la sécurité du public sur nos routes.

Les modifications s'attaqueront au problème de la conduite avec facultés affaiblies en mettant l'accent sur l'intervention et sur la dissuasion. . . .

Nous constatons malheureusement récemment une augmentation des cas de conduite avec facultés affaiblies et de l'ensemble des conséquences tragiques qui en découlent. Les modifications dont il est question ici [. . .] offriront aux policiers davantage d'outils pour écarter de la circulation les conducteurs ivres et dangereux et ainsi réduire le nombre de décès sur les routes de la Colombie-Britannique. [Je souligne.]

(Colombie-Britannique, Assemblée législative, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 16, n° 1, 2^e sess., 39^e lég., 27 avril 2010, p. 4871)

[39] Lors de l'entrée en vigueur du régime modifié en 2012, la ministre Bond a souligné que le législateur n'avait pas dévié de ces objectifs :

[TRADUCTION] En septembre 2010, avec l'appui de cette Chambre, nous avons adopté de nouvelles sanctions

goal to reduce impaired driving fatalities by 35 percent by the end of 2013

After just one year we saw a 40 percent drop in alcohol-related deaths on British Columbia’s highways, and 45 people are alive today because this House was bold in the attempt to change the way we tackle drinking and driving. . . .

. . . Our goal is to protect this important law that has shown great success in deterring drinking and driving and in saving lives in our province. [Emphasis added.]

(British Columbia, Legislative Assembly, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 36, No. 7, 4th Sess., 39th Parl., May 3, 2012, at pp. 11492-93)

[40] Allowing the police to rely on ASD test results is critical to the fulfilment of these objectives. ASD testing provides an immediate, efficient tool for assessing whether an individual’s ability to drive is affected by alcohol. As the Court of Appeal noted, at para. 33, scientific evidence shows that at 50 mg% — the level needed to register a “Warn” — driving skills are significantly impaired and the likelihood of being involved in a collision is markedly elevated. Evidence also shows that it is extremely difficult to identify drivers who have been drinking by observation alone: *Sivia*, at para. 100. These are the concerns that the ARP scheme is designed to address. It establishes a common standard for removing drivers from the road who pose an elevated risk to others. It also serves to deter drunk driving.

[41] In sum, the adjudicator’s interpretation is consistent with the legislative objectives of the ARP scheme, and Mr. Wilson’s is not.

pour les infractions de conduite avec facultés affaiblies. Nous nous sommes fixés comme objectif de réduire de 35 p. 100 le nombre de décès causés par l’alcool au volant d’ici la fin de 2013

Après seulement une année, nous avons constaté une diminution de 40 p. 100 du nombre de décès liés à l’alcool sur les routes de la Colombie-Britannique et 45 personnes sont encore en vie aujourd’hui grâce à l’audace dont cette Chambre a fait preuve en essayant de changer notre façon de lutter contre l’alcool au volant. . . .

. . . Notre objectif est de protéger cette loi importante, qui s’est avérée très efficace pour décourager la conduite avec facultés affaiblies et sauver des vies dans notre province. [Je souligne.]

(Colombie-Britannique, Assemblée législative, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 36, n° 7, 4^e sess., 39^e lég., 3 mai 2012, p. 11492-11493)

[40] Permettre aux policiers de se fonder sur les résultats d’une analyse effectuée au moyen d’un ADA est essentiel à la réalisation de ces objectifs. Une telle analyse constitue un moyen immédiat et efficace de déterminer si la capacité de conduire d’une personne est affaiblie par l’alcool. Comme l’a souligné la Cour d’appel au par. 33, la preuve scientifique indique qu’une alcoolémie de 50 mg par 100 ml de sang — le niveau requis pour obtenir l’indication « Avertissement » — compromet sérieusement la capacité de conduire d’une personne et accroît de façon marquée son risque de faire un accident. La preuve montre également qu’il est extrêmement difficile de reconnaître les conducteurs qui ont bu par simple observation visuelle : *Sivia*, par. 100. Il s’agit des problèmes auxquels vise à remédier le RIAC. En effet, ce régime établit une norme commune permettant d’écarter de la circulation les conducteurs qui constituent un risque élevé pour autrui. Il vise aussi à décourager la conduite avec facultés affaiblies.

[41] En somme, l’interprétation de l’arbitre est compatible avec les objectifs législatifs du RIAC alors que celle proposée par M. Wilson ne l’est pas.

D. *Conclusion on the Interpretation of Section 215.41(3.1)*

[42] The adjudicator's interpretation is consistent with the text, context, and legislative objectives of the ARP scheme. Mr. Wilson's interpretation is not. The provision is unambiguous. The adjudicator's interpretation is the only plausible one.

VI. Disposition

[43] For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Acumen Law Corporation, Vancouver.

Solicitor for the respondents: Attorney General of British Columbia, Victoria.

D. *Conclusion sur l'interprétation du par. 215.41(3.1)*

[42] L'interprétation de l'arbitre est compatible avec le libellé, le contexte et l'objectif du RIAC. L'interprétation proposée par M. Wilson ne l'est pas. La disposition n'est pas ambiguë. L'interprétation de l'arbitre est la seule interprétation plausible.

VI. Dispositif

[43] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Acumen Law Corporation, Vancouver.

Procureur des intimés : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

M.J.B. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent***INDEXED AS: R. v. M.J.B.****2015 SCC 48**

File No.: 36421.

2015: October 16.

Present: Abella, Cromwell, Moldaver, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Sexual assault — Evidence — Court of Appeal correct in finding that trial judge's verdict reasonable and supported by evidence.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Watson, Rowbotham and Wakeling JJ.A.), 2015 ABCA 146, [2015] A.J. No. 460 (QL), 2015 CarswellAlta 713, affirming the accused's conviction of sexual assault. Appeal dismissed, Côté J. dissenting.

Deborah R. Hatch, for the appellant.*Troy Couillard*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] ABELLA J. — The majority is of the view that the appeal should be dismissed for the reasons of Justices Watson and Rowbotham in the Court of Appeal. Justice Côté is dissenting and she would allow the appeal substantially for the reasons of Justice Wakeling.

*Judgment accordingly.***M.J.B.** *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée***RÉPERTORIÉ : R. c. M.J.B.****2015 CSC 48**

N° du greffe : 36421.

2015 : 16 octobre.

Présents : Les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Côté et Brown.

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

Droit criminel — Agression sexuelle — Preuve — Conclusion justifiée de la part de la Cour d'appel portant que le verdict du juge du procès était raisonnable et appuyé par la preuve.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Watson, Rowbotham et Wakeling), 2015 ABCA 146, [2015] A.J. No. 460 (QL), 2015 CarswellAlta 713, qui a confirmé la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle prononcée contre l'accusé. Pourvoi rejeté, la juge Côté est dissidente.

Deborah R. Hatch, pour l'appelant.*Troy Couillard*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE ABELLA — La majorité est d'avis de rejeter le pourvoi pour les motifs exposés par les juges Watson et Rowbotham de la Cour d'appel. La juge Côté est dissidente et accueillerait le pourvoi, essentiellement pour les motifs exprimés par le juge d'appel Wakeling.

Jugement en conséquence.

*Solicitors for the appellant: Gunn Law Group,
Edmonton.*

Solicitor for the respondent: Alberta Department of Justice, Edmonton.

*Procureurs de l'appelant : Gunn Law Group,
Edmonton.*

*Procureur de l'intimée : Ministère de la Justice
de l'Alberta, Edmonton.*

Steven Michael Neville *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. NEVILLE

2015 SCC 49

File No.: 36412.

2015: November 5.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

Criminal law — Jurors — Deliberations — Accused convicted of second degree murder and attempted murder — Majority of Court of Appeal erred in concluding that trial judge’s failure to clarify intent question raised by jury did not result in error — Verdicts set aside and new trial ordered.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (Welsh, Rowe and Barry JJ.A.), 2015 NLCA 16, 365 Nfld. & P.E.I.R. 1, 1138 A.P.R. 1, 322 C.C.C. (3d) 480, [2015] N.J. No. 115 (QL), 2015 CarswellNfld 98 (WL Can.), affirming the accused’s convictions for second degree murder and attempted murder. Appeal allowed.

Derek Hogan, for the appellant.

Lloyd M. Strickland, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — This is an appeal as of right. We would allow the appeal.

[2] The jury in its final question asked the judge to clarify the distinction between “to kill” and “to

Steven Michael Neville *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. NEVILLE

2015 CSC 49

N° du greffe : 36412.

2015 : 5 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE TERRE-
NEUVE-ET-LABRADOR

Droit criminel — Jurés — Délibérations — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré et tentative de meurtre — Conclusion erronée de la majorité de la Cour d’appel portant que l’omission du juge du procès d’obtenir des précisions sur la question du jury relativement à l’intention n’avait pas entraîné d’erreur — Verdicts écartés et nouveau procès ordonné.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador (les juges Welsh, Rowe et Barry), 2015 NLCA 16, 365 Nfld. & P.E.I.R. 1, 1138 A.P.R. 1, 322 C.C.C. (3d) 480, [2015] N.J. No. 115 (QL), 2015 CarswellNfld 98 (WL Can.), qui a confirmé les déclarations de culpabilité pour meurtre au deuxième degré et pour tentative de meurtre prononcées contre l’accusé. Pourvoi accueilli.

Derek Hogan, pour l’appellant.

Lloyd M. Strickland, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — Il s’agit en l’espèce d’un appel de plein droit. Nous sommes d’avis d’accueillir cet appel.

[2] Dans sa dernière question, le jury a demandé au juge de lui expliquer la distinction entre les mots

murder”. This raised the question of intent in relation to the charges of murder and attempted murder. The judge should have clarified the nature of the concern, and then addressed it. Instead, the judge merely referred the jury to the written instructions he had previously given the jury.

[3] Viewing the record as a whole, we are satisfied that there is a possibility that the jury could have misunderstood what had to be proved for them to return guilty verdicts. We note in this regard the Crown’s concession that the decision tree given to the jury was in error on the issue of provocation.

[4] The evidence is not so overwhelming as to permit us to conclude that the error would have had no effect on the verdicts.

[5] The appeal is allowed, the verdicts are set aside, and a new trial ordered on both charges.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Newfoundland and Labrador Legal Aid Commission, St. John’s.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John’s.

anglais « *to kill* » (tuer) et « *to murder* » (commettre un meurtre). Cela se rapportait à la question de l’intention relativement aux accusations de meurtre et de tentative de meurtre. Le juge aurait dû faire préciser la nature de cette préoccupation, puis y répondre. Il s’est plutôt contenté de renvoyer les jurés aux instructions écrites qu’il leur avait fournies précédemment.

[3] Considérant le dossier dans son ensemble, nous sommes convaincus qu’il existe une possibilité que les jurés aient pu se méprendre sur les éléments qui devaient être prouvés afin qu’ils puissent prononcer des verdicts de culpabilité. À cet égard, nous soulignons que la Couronne a concédé le fait que l’arborescence décisionnelle remise au jury était erronée quant à la question de la provocation.

[4] La preuve n’est pas accablante au point de nous permettre de conclure que l’erreur n’a eu aucune incidence sur les verdicts.

[5] L’appel est accueilli, les verdicts sont écartés et un nouveau procès est ordonné à l’égard des deux accusations.

Jugement en conséquence.

Procureur de l’appelant : Newfoundland and Labrador Legal Aid Commission, St. John’s.

Procureur de l’intimée : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John’s.

Gurminder Singh Riar *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent***INDEXED AS: R. v. RIAR****2015 SCC 50**

File No.: 36449.

2015: November 10.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Assessment — Accused convicted of importation and possession for purpose of trafficking of controlled drug — Trial judge erred in mischaracterizing accused's defence and in assessing accused's evidence and credibility — Errors deprived accused of fair trial and caused miscarriage of justice.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Laskin, van Rensburg and Benotto JJ.A.), 2015 ONCA 350, 334 O.A.C. 361, [2015] O.J. No. 2475 (QL), 2015 CarswellOnt 7013 (WL Can.), affirming the accused's conviction for importing cocaine and possession of cocaine for the purpose of trafficking. Appeal allowed.

James Lockyer and Lance Beechener, for the appellant.

Kevin Wilson and Howard Piafsky, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — We are all of the view that the appeal should be allowed, substantially for the reasons of Laskin J.A.

Gurminder Singh Riar *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée***RÉPERTORIÉ : R. c. RIAR****2015 CSC 50**

N° du greffe : 36449.

2015 : 10 novembre.

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

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

Droit criminel — Preuve — Appréciation — Accusé déclaré coupable d'importation d'une drogue désignée et de possession de cette substance en vue d'en faire le trafic — Erreur commise par le juge du procès dans la qualification de la défense invoquée par l'accusé et dans l'appréciation du témoignage et de la crédibilité de ce dernier — Erreurs ayant privé l'accusé d'un procès équitable et entraîné une erreur judiciaire.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin, van Rensburg et Benotto), 2015 ONCA 350, 334 O.A.C. 361, [2015] O.J. No. 2475 (QL), 2015 CarswellOnt 7013 (WL Can.), qui a confirmé la déclaration de culpabilité pour importation de cocaïne et pour possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic prononcée contre l'accusé. Pourvoi accueilli.

James Lockyer et Lance Beechener, pour l'appellant.

Kevin Wilson et Howard Piafsky, pour l'intimée.

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 accueilli, essentiellement pour les motifs du juge d'appel Laskin.

[2] The conviction is set aside and a new trial is ordered.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Lockyer Campbell Posner, Toronto.

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

[2] La déclaration de culpabilité est écartée et un nouveau procès est ordonné.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Lockyer Campbell Posner, Toronto.

Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, 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, 2015 Vol. 3

2^e cahier, 2015 Vol. 3

Cited as [2015] 3 S.C.R. 327-614

Renvoi [2015] 3 R.C.S. 327-614

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

Acting Chief Law Editor / Arrêviste en chef intérimaire
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

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

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

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

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

	Technical Revisors / Réviseurs techniques	
SUZANNE AUDET	CHLOE MAGEE	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.

CONTENTS

Alberta (Attorney General) v. Moloney 327

Constitutional law — Division of powers — Federal paramountcy — Bankruptcy and insolvency — Property and civil rights — Judgment debt owed to province constituted claim provable in debtor's bankruptcy — Debtor obtained absolute discharge in bankruptcy — Federal legislation governing bankruptcy providing for debtor's release from all claims provable in bankruptcy upon discharge — Whether provincial legislation providing for continuing suspension of debtor's driver's licence and motor vehicle permits until payment of judgment debt constitutionally inoperative by reason of doctrine of federal paramountcy — Test for determining whether operational conflict exists — Whether federal and provincial legislation can operate side by side without conflict — Whether operation of provincial law frustrates purpose of federal law — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 178(2) — Traffic Safety Act, R.S.A. 2000, c. T-6, s. 102.

407 ETR Concession Co. v. Canada (Superintendent of Bankruptcy)..... 397

Constitutional law — Division of powers — Federal paramountcy — Bankruptcy and insolvency — Property and civil rights — Highway toll debt owed to creditor constituted claim provable in debtor's bankruptcy — Debtor obtained absolute discharge in bankruptcy — Federal legislation governing bankruptcy providing for debtor's release from all claims provable in bankruptcy upon discharge — Whether provincial legislation providing for continuing suspension of debtor's driver's permit until payment of toll debt constitutionally inoperative by reason of doctrine of federal paramountcy — Test for determining whether operational conflict exists — Whether federal and provincial legislation can operate side by side without conflict — Whether operation of provincial law frustrates purpose of federal law — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 178(2) — Highway 407 Act, 1998, S.O. 1998, c. 28, s. 22(1), (4).

Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd. 419

Constitutional law — Cooperative federalism — Division of powers — Bankruptcy and insolvency — Property and Civil Rights — Receiver — Federal paramountcy —

Continued on next page

SOMMAIRE

Alberta (Procureur général) c. Moloney 327

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Prépondérance fédérale — Faillite et insolvabilité — Propriété et droits civils — Dette constatée par jugement envers la province constituant une réclamation prouvable lors de la faillite du débiteur — Libération absolue de faillite accordée au débiteur — Loi fédérale sur la faillite prévoyant que le débiteur est libéré de toutes réclamations prouvables en matière de faillite à sa libération — La loi provinciale prévoyant le maintien de la suspension du permis de conduire du débiteur et de ses certificats d'immatriculation jusqu'à ce qu'il acquitte la dette constatée par jugement est-elle inopérante du point de vue constitutionnel en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale? — Analyse permettant de décider s'il existe un conflit d'application — La loi fédérale et la loi provinciale peuvent-elles coexister sans conflit? — L'application de la loi provinciale entrave-t-elle la réalisation de l'objet de la loi fédérale? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 178(2) — Traffic Safety Act, R.S.A. 2000, c. T-6, art. 102.

407 ETR Concession Co. c. Canada (Surintendant des faillites) 397

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Prépondérance fédérale — Faillite et insolvabilité — Propriété et droits civils — Dette de péage routier envers un créancier constituant une réclamation prouvable lors de la faillite du débiteur — Libération absolue de faillite accordée au débiteur — Loi fédérale sur la faillite prévoyant qu'à sa libération, le débiteur est libéré de toutes réclamations prouvables en matière de faillite — La loi provinciale prévoyant le maintien de la suspension du permis de conduire du débiteur jusqu'à ce qu'il acquitte la dette de péage est-elle inopérante du point de vue constitutionnel en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale? — Analyse permettant de déterminer s'il existe un conflit d'application — La loi fédérale et la loi provinciale peuvent-elles coexister sans conflit? — L'application de la loi provinciale entrave-t-elle la réalisation de l'objet de la loi fédérale? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 178(2) — Loi de 1998 sur l'autoroute 407, L.O. 1998, c. 28, art. 22(1), (4).

Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare Lake Logging Ltd. 419

Droit constitutionnel — Fédéralisme coopératif — Partage des compétences — Faillite et insolvabilité — Propriété et droits civils — Séquestre — Prépondérance fédérale —

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Federal legislation authorizes court, upon application of secured creditor, to appoint receiver with power to act nationally — Provincial legislation imposes other procedural and substantive requirements before commencing an action with respect to farm land — Whether provincial legislation constitutionally inoperative when application made to appoint national receiver under federal legislation, by reason of doctrine of federal paramountcy — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 243 — The Saskatchewan Farm Security Act, S.S. 1988-89, c. S-17.1, ss. 9 to 22.

R. v. Hecimovic 483

Criminal law — Dangerous operation of motor vehicle — Elements of offence — Mens rea — Trial judge ordering acquittal of accused on two counts of dangerous driving causing death on grounds that mens rea element of offence had not been proven beyond reasonable doubt — Trial judge did not properly consider accused's conduct in light of all relevant evidence in order to determine whether it was marked departure from requisite standard of care.

R. v. Moriarity 485

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Overbreadth — Armed forces — Military offences — National Defence Act permitting federal offences to be prosecuted within military justice system in relation to everyone subject to Code of Service Discipline regardless of circumstances in which offences were committed — Whether provisions of National Defence Act at issue broader than necessary to achieve their purpose in violation of s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 130(1)(a), 117(f).

Caron v. Alberta 511

Constitutional law — Language rights — Alberta laws and regulations — Alberta Languages Act provides provincial laws and regulations be enacted, printed and published in English only — Whether Languages Act is ultra vires or inoperative insofar as it abrogates constitutional duty owed by Alberta to enact, print and publish its laws and regulations in both English and French — Meaning of “legal rights” in 1867 Address to Queen concerning

SOMMAIRE (Suite)

Loi fédérale autorisant le tribunal à nommer, à la demande d'un créancier garanti, un séquestre capable d'agir partout au Canada — Loi provinciale imposant d'autres exigences de fond et de procédure avant qu'une action à l'égard d'une terre agricole soit intentée — Lorsque la nomination d'un séquestre national est demandée en vertu de la loi fédérale, la loi provinciale est-elle constitutionnellement inopérante en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 243 — The Saskatchewan Farm Security Act, S.S. 1988-89, c. S-17.1, art. 9 à 22.

R. c. Hecimovic 483

Droit criminel — Conduite dangereuse — Éléments de l'infraction — Mens rea — Accusée acquittée par le juge du procès de deux chefs de conduite dangereuse ayant causé la mort au motif que l'élément de l'infraction constituant la mens rea n'avait pas été prouvé hors de tout doute raisonnable — Absence d'examen adéquat par le juge du procès du comportement de l'accusée eu égard à l'ensemble de la preuve pertinente afin de déterminer si ce comportement constituait un écart marqué par rapport à la norme de diligence requise.

R. c. Moriarity 485

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Portée excessive — Forces armées — Infractions militaires — La Loi sur la défense nationale permet d'engager dans le cadre du système de justice militaire des poursuites visant des infractions fédérales contre quiconque est assujéti au code de discipline militaire sans égard aux circonstances de la perpétration de ces infractions — Les dispositions litigieuses de la Loi sur la défense nationale ont-elles une portée excessive par rapport à ce qui est nécessaire à la réalisation de leur objet et violent-elles l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, est-ce que cette violation est justifiable suivant l'article premier de la Charte? — Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, c. N-5, art. 130(1)a, 117f).

Caron c. Alberta 511

Droit constitutionnel — Droits linguistiques — Lois et règlements albertains — La Loi linguistique de l'Alberta prévoit que les lois et règlements provinciaux sont édictés, imprimés et publiés en anglais seulement — La Loi linguistique est-elle ultra vires ou sans effet dans la mesure où elle abroge une obligation constitutionnelle de l'Alberta d'édicter, d'imprimer et de publier ses lois et ses règlements en français et en anglais? — Sens de

CONTENTS (Concluded)

Rupert's Land and North Western Territory — Languages Act, R.S.A. 2000, c. L 6 — Rupert's Land and North Western Territory Order (1870) (U.K.) (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 9), Schs. A, B.

SOMMAIRE (Fin)

« droits acquis » dans l'Adresse de 1867 à la Reine sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest — Loi linguistique, R.S.A. 2000, c. L-6 — Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest (1870) (R.-U.) (reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 9), céd. A, B.

Attorney General of Alberta *Appellant*

v.

Joseph William Moloney *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,
Attorney General of Quebec,
Attorney General of British Columbia,
Attorney General for Saskatchewan and
Superintendent of Bankruptcy** *Interveners*

**INDEXED AS: ALBERTA (ATTORNEY GENERAL)
v. MOLONEY**

2015 SCC 51

File No.: 35820.

2015: January 15; 2015: November 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA

Constitutional law — Division of powers — Federal paramountcy — Bankruptcy and insolvency — Property and civil rights — Judgment debt owed to province constituted claim provable in debtor's bankruptcy — Debtor obtained absolute discharge in bankruptcy — Federal legislation governing bankruptcy providing for debtor's release from all claims provable in bankruptcy upon discharge — Whether provincial legislation providing for continuing suspension of debtor's driver's licence and motor vehicle permits until payment of judgment debt constitutionally inoperative by reason of doctrine of federal paramountcy — Test for determining whether operational conflict exists — Whether federal and provincial legislation can operate side by side without conflict — Whether operation of provincial law frustrates purpose of federal law — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 178(2) — Traffic Safety Act, R.S.A. 2000, c. T-6, s. 102.

Procureur général de l'Alberta *Appelant*

c.

Joseph William Moloney *Intimé*

et

**Procureur général de l'Ontario,
procureure générale du Québec,
procureur général de la Colombie-Britannique,
procureur général de la Saskatchewan et
Surintendant des faillites** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : ALBERTA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
c. MOLONEY**

2015 CSC 51

N° du greffe : 35820.

2015 : 15 janvier; 2015 : 13 novembre.

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

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

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Prépondérance fédérale — Faillite et insolvabilité — Propriété et droits civils — Dette constatée par jugement envers la province constituant une réclamation prouvable lors de la faillite du débiteur — Libération absolue de faillite accordée au débiteur — Loi fédérale sur la faillite prévoyant que le débiteur est libéré de toutes réclamations prouvables en matière de faillite à sa libération — La loi provinciale prévoyant le maintien de la suspension du permis de conduire du débiteur et de ses certificats d'immatriculation jusqu'à ce qu'il acquitte la dette constatée par jugement est-elle inopérante du point de vue constitutionnel en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale? — Analyse permettant de décider s'il existe un conflit d'application — La loi fédérale et la loi provinciale peuvent-elles coexister sans conflit? — L'application de la loi provinciale entrave-t-elle la réalisation de l'objet de la loi fédérale? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 178(2) — Trafic Safety Act, R.S.A. 2000, c. T-6, art. 102.

M caused a car accident while he was uninsured. The province of Alberta compensated an individual injured in the accident and sought to recover the amount of the compensation from M. Section 102 of Alberta's *Traffic Safety Act* ("TSA") allows the province to suspend M's licence and permits until he pays the amount of the compensation. M made an assignment in bankruptcy and was eventually discharged. He listed the province's claim in his Statement of Affairs. The debt was a claim provable in bankruptcy. Section 178(2) of the *Bankruptcy and Insolvency Act* ("BIA") provides that, upon discharge, M is released from all debts that are claims provable in bankruptcy. As a result of his bankruptcy and discharge, M did not pay the amount of the compensation in full; because of this failure to pay, Alberta suspended his vehicle permits and driver's licence. M contested this suspension. The Court of Queen's Bench and the Court of Appeal found that there was a conflict between the federal and provincial laws. Relying on the doctrine of federal paramountcy, they declared s. 102 of the TSA to be inoperative to the extent of the conflict.

Held: The appeal should be dismissed. Section 102 of the TSA is constitutionally inoperative to the extent that it is used to enforce a debt discharged in bankruptcy.

Per Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.: In Canada, the federal and provincial levels of government must enact laws within the limits of their respective spheres of jurisdiction. It is often impossible however for one level of government to legislate effectively within its jurisdiction without affecting matters that are within the other level's jurisdiction. In certain circumstances, the powers of one level of government must be protected against intrusions by the other level. To protect against such intrusions, the Court has developed various constitutional doctrines, including the doctrine of federal paramountcy. Under this doctrine, the federal law prevails when there is a genuine inconsistency between federal and provincial legislation, that is, when the operational effects of provincial legislation are incompatible with federal legislation. To determine whether such a conflict exists, first and foremost, it is necessary to ensure that the overlapping laws are independently valid. If so, then the court must determine whether their concurrent operation results in a conflict. In this case, the impugned provisions are independently valid. The only question is whether their concurrent operation results in a conflict.

M a causé un accident de la route alors qu'il n'était pas assuré. La province d'Alberta a indemnisé une personne blessée dans l'accident et a tenté de recouvrer l'indemnité auprès de M. L'article 102 de la *Traffic Safety Act* de l'Alberta (« TSA ») permet à la province de suspendre le permis de conduire et les certificats d'immatriculation de M jusqu'à ce qu'il paie le montant de l'indemnité. M a fait cession de ses biens et a par la suite été libéré. Il a inscrit la réclamation de la province dans son bilan. La dette constituait une réclamation prouvable en matière de faillite. Le paragraphe 178(2) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (« LFI ») précise qu'au moment de sa libération, M est libéré de toutes les dettes qui sont des réclamations prouvables en matière de faillite. Par suite de sa faillite et de sa libération, M n'a pas payé intégralement le montant de l'indemnité; en conséquence, l'Alberta a suspendu ses certificats d'immatriculation et son permis de conduire. M a contesté cette suspension. La Cour du Banc de la Reine et la Cour d'appel ont conclu à l'existence d'un conflit entre les lois fédérale et provinciale. S'appuyant sur la doctrine de la prépondérance fédérale, elles ont déclaré l'art. 102 de la TSA inopérant dans la mesure du conflit.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté. L'article 102 de la TSA est inopérant du point de vue constitutionnel dans la mesure où il est utilisé pour recouvrer une dette dont le débiteur a été libéré en matière de faillite.

Les juges Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon : Au Canada, les gouvernements fédéral et provinciaux doivent adopter des lois qui relèvent de leurs sphères de compétence respectives. Il est toutefois souvent impossible pour un ordre de gouvernement de légiférer efficacement dans un domaine relevant de sa compétence sans toucher à des matières relevant de la compétence de l'autre. Dans certaines circonstances, les compétences d'un ordre de gouvernement doivent être protégées contre les empiètements de l'autre ordre de gouvernement. Pour assurer cette protection, la Cour a élaboré diverses doctrines constitutionnelles, y compris celle de la prépondérance fédérale. Selon cette doctrine, la loi fédérale doit prévaloir lorsqu'il existe une incompatibilité véritable entre une loi fédérale et une loi provinciale, soit lorsque les effets d'une législation provinciale sont incompatibles avec une législation fédérale. Pour déterminer si un tel conflit existe, il faut d'abord et avant tout s'assurer que les lois qui se chevauchent sont valides indépendamment l'une de l'autre. Dans l'affirmative, le tribunal doit déterminer si leur application concurrente entraîne un conflit. En l'espèce, les dispositions contestées sont valides indépendamment l'une de l'autre. La seule question en litige est de savoir si leur application concurrente crée un conflit.

A conflict will arise in one of two situations, which form the two branches of the paramountcy test: (1) there is an operational conflict because it is impossible to comply with both laws, or (2) although it is possible to comply with both laws, the operation of the provincial law frustrates the purpose of the federal enactment. The first branch of the test has been described in the jurisprudence as actual conflict in operation as where one enactment says “yes” and the other says “no”. The question is whether both laws can operate side by side without conflict or both laws can apply concurrently, and citizens can comply with either of them without violating the other. The assessment under this branch is not limited to the actual words or to the literal meaning of the words of the provisions at issue. Rather, the provisions must be read properly based on the modern approach to statutory interpretation. If there is no conflict under the first branch of the test, one may still be found under the second branch. The question under the second branch is whether operation of the provincial Act is compatible with the federal legislative purpose. The effect of the provincial law may frustrate the purpose of the federal law, even though it does not entail a direct violation of the federal law’s provisions.

Under the first or the second branch of the test, the burden of proof rests on the party alleging the conflict. In keeping with co-operative federalism, the doctrine of paramountcy is applied with restraint. Absent a genuine inconsistency, courts will favour an interpretation of the federal legislation that allows the concurrent operation of both laws. A provincial intention to interfere with the federal jurisdiction is neither necessary nor sufficient. The focus is instead on the effect of the provincial law. Assessing the effect of the provincial law requires looking at the substance of the law, rather than its form. The province cannot do indirectly what it is precluded from doing directly.

Parliament enacted the *BIA* pursuant to its jurisdiction over matters of bankruptcy and insolvency. The *BIA* furthers two purposes: the equitable distribution of the bankrupt’s assets among his or her creditors and the bankrupt’s financial rehabilitation. Equitable distribution of assets is achieved by requiring creditors wishing to enforce a claim provable in bankruptcy to participate in one collective proceeding. Financial rehabilitation is achieved through the discharge of the bankrupt from all claims provable in bankruptcy. From the perspective of the creditors, the discharge means they are unable to enforce their provable claims.

Il y a conflit dans l’une ou l’autre des deux situations suivantes, qui constituent les deux volets de l’analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance : (1) il existe un conflit d’application parce qu’il est impossible de respecter les deux lois, ou (2) bien qu’il soit possible de respecter les deux lois, l’application de la loi provinciale entrave la réalisation de l’objet de la loi fédérale. Suivant la jurisprudence traitant du premier volet de l’analyse, il y a un véritable conflit d’application lorsqu’une loi dit « oui » et que l’autre dit « non ». Il s’agit de savoir si les deux lois peuvent coexister sans conflit, ou si les deux législations peuvent agir concurremment et les citoyens peuvent les respecter toutes les deux, sans violer l’une ou l’autre. L’examen qu’implique ce volet ne se limite pas au libellé ou au sens littéral des termes de la disposition en cause. Il convient plutôt d’interpréter les dispositions suivant la méthode moderne d’interprétation des lois. S’il n’y a aucun conflit selon le premier volet de l’analyse, il peut encore en exister un selon le second volet. Au second volet, la question est de savoir si l’application de la loi provinciale est compatible avec l’objet de la loi fédérale. L’effet de la loi provinciale peut empêcher la réalisation de l’objet de la loi fédérale, sans toutefois entraîner une violation directe de ses dispositions.

Sous le premier ou le second volet de l’analyse, le fardeau de la preuve incombe à la personne qui allègue l’existence du conflit. Conformément à la théorie du fédéralisme coopératif, la doctrine de la prépondérance est appliquée avec retenue. En l’absence d’une incompatibilité véritable, les tribunaux favorisent une interprétation de la loi fédérale permettant une application concurrente des deux lois. Il n’est ni nécessaire ni suffisant que la province ait eu l’intention d’empiéter sur la compétence fédérale. L’accent est plutôt mis sur l’effet de la loi provinciale. La détermination de l’effet de la loi provinciale nécessite un examen du fond de la loi et non de sa forme. La province ne peut faire indirectement ce qu’il lui est interdit de faire directement.

Le Parlement a adopté la *LFI* en vertu de sa compétence en matière de faillite et d’insolvabilité. La *LFI* vise deux objectifs : le partage équitable des biens du failli entre ses créanciers et la réhabilitation financière du failli. Le partage équitable des biens du failli est réalisé en obligeant les créanciers qui souhaitent faire valoir une réclamation prouvable en matière de faillite à participer à une seule procédure collective. La réhabilitation financière est réalisée en libérant le failli de toutes les réclamations prouvables en matière de faillite. Du point de vue des créanciers, l’ordonnance de libération a pour effet de les empêcher de contraindre le failli à payer leurs réclamations prouvables.

Provincial legislatures have the power to legislate with regard to property and civil rights. This power includes traffic regulation and the authority to set conditions for driver's licences and vehicle permits. The *TSA* is a comprehensive legislative scheme for traffic regulation. A victim injured in an accident may sue for damages. If successful but the uninsured driver does not pay, the victim may apply to the Administrator under the *Motor Vehicle Accident Claims Act* ("MVACA") for compensation in the amount of the unsatisfied judgment and the judgment is then assigned to the Administrator. Section 102 of the *TSA*, which complements the *MVACA* program, allows the Registrar of Motor Vehicle Services to suspend the debtor's driver's licence and vehicle permits until the judgment debt is paid or periodic payments in satisfaction of the judgment are being made. It is, in substance, a debt collection mechanism. Since the judgment debt in this case is a claim provable in bankruptcy, the purpose and effect of s. 102 are to suspend a debtor's driving privileges until payment of a provable claim.

The laws at issue give inconsistent answers to the question whether there is an enforceable obligation. One law provides for the release of all claims provable in bankruptcy and prohibits creditors from enforcing them, while the other disregards this release and allows for the use of a debt enforcement mechanism on such a claim by precisely excluding a discharge in bankruptcy. This is a true incompatibility. In a case like this one, the test for operational conflict cannot be limited to asking whether the debtor can comply with both laws by renouncing the protection afforded under the federal law or the privilege he or she is otherwise entitled to under the provincial law. In that regard, the debtor's response to the suspension of his or her driving privileges is not determinative. In analyzing the operational conflict at issue in this case, we cannot disregard the fact that whether the debtor pays or not, the province, as a creditor, is still compelling payment of a provable claim that has been released, which is in direct contradiction with s. 178(2) of the *BIA*. Neither can the question under the operational conflict branch of the paramouncy test be whether it is possible to refrain from applying the provincial law in order to avoid the alleged conflict with the federal law. Such an approach would render the first branch of the paramouncy test meaningless, since it is virtually always possible to avoid the application of a provincial law so as not to cause a

Les assemblées législatives provinciales ont le pouvoir de légiférer en matière de propriété et de droits civils. Ce pouvoir comprend notamment celui de régler la circulation et de fixer les conditions applicables aux permis de conduire et aux certificats d'immatriculation. La *TSA* est un régime législatif complet en matière de réglementation de la circulation. Une personne blessée lors d'un accident peut poursuivre en dommages-intérêts. Si elle a gain de cause mais le conducteur non assuré ne paie pas, la victime peut demander à l'administrateur en vertu de la *Motor Vehicle Accident Claims Act* (« *MVACA* ») une indemnité correspondant au montant du jugement impayé et l'administrateur est alors subrogé dans les droits de la victime. L'article 102 de la *TSA*, lequel complète le programme régi par la *MVACA*, permet au registraire des véhicules automobiles de suspendre le permis de conduire et les certificats d'immatriculation du débiteur jusqu'à ce que la dette constatée par jugement soit payée ou que les versements périodiques en satisfaction du jugement soient effectués. Il s'agit, en substance, d'un mécanisme de recouvrement de créances. Comme la créance judiciaire en l'espèce constitue une réclamation prouvable en matière de faillite, l'art. 102 a pour objet et pour effet de suspendre les droits de conducteur du débiteur jusqu'au paiement d'une réclamation prouvable.

Les lois en cause offrent des réponses contradictoires à la question de savoir s'il existe une obligation exécutoire. Une loi prévoit que le failli est libéré de toute réclamation prouvable en matière de faillite et interdit aux créanciers d'en exiger le paiement, alors que l'autre loi fait fi de cette libération et permet le recours à un mécanisme de recouvrement de cette créance en excluant expressément la libération de faillite. Il s'agit là d'une véritable incompatibilité. Dans une affaire comme celle en l'espèce, l'analyse relative au conflit d'application ne saurait se limiter à la question de savoir si le débiteur peut se conformer aux deux lois en renonçant soit à la protection que lui offre la loi fédérale, soit au droit dont il bénéficie en vertu de la loi provinciale. À cet égard, la réaction du débiteur à la suspension de ses droits de conducteur n'est pas déterminante. Dans le cadre de l'analyse du conflit d'application en l'espèce, on ne peut faire abstraction du fait que, que le débiteur paie ou non, il reste que la province, en tant que créancier, le contraint quand même à payer une réclamation prouvable dont il a été libéré, ce qui va directement à l'encontre du par. 178(2) de la *LFI*. Sous le volet conflit d'application de l'analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance, la question n'est pas non plus de savoir s'il est possible de s'abstenir d'appliquer la loi provinciale pour éviter le prétendu conflit avec la loi fédérale. Une telle approche viderait de tout son sens le premier volet de

conflict with a federal law. Furthermore, if it is possible to avoid operational conflict simply by declining to apply the provincial law, the same could be done to avoid any frustration of the federal purpose under the second branch of the paramountcy test. In this case, it is impossible for the province to apply s. 102 without contravening s. 178(2). In effect, s. 102 creates a new class of exempt debts that is not listed in s. 178(1) of the *BIA*. Hence, the provincial law allows the very same thing that the federal law prohibits. The result is an operational conflict.

Section 102 also frustrates the financial rehabilitation of the bankrupt. The crushing burden of the province's claim against M was the main reason for his bankruptcy. If s. 102 is allowed to operate despite M's discharge, he is not offered the opportunity to rehabilitate that Parliament intended to give him. Had Parliament intended judgment debts arising from motor vehicle accidents, or the resulting regulatory charges, to survive bankruptcy, it would have stated so expressly in s. 178(1) of the *BIA*. It did not. It is beyond the province's constitutional authority to interfere with Parliament's discretion in that regard. Nor can M's driving privileges serve as fresh consideration for a new binding contract for the repayment of the discharged debt. M need not enter into such a contract in order to recover his driving privileges, because the province has no authority to withhold them.

The *TSA* does not however disrupt the equitable distribution purpose of the *BIA*. This Court has repeatedly cautioned against giving too broad a scope to paramountcy on the basis of frustration of federal purpose. It is always essential to ascertain the exact purpose of the specific provision of the federal law that is at issue. Although it is clear that the purpose of s. 178(2) is to ensure the debtor's financial rehabilitation and that s. 102 frustrates that purpose, it cannot be concluded that the operation of the provincial scheme in the context of this case interferes with the equitable distribution of assets.

Per McLachlin C.J. and Côté J.: Section 102 of the *TSA* frustrates the purpose of financial rehabilitation of the bankrupt that underlies s. 178(2) of the *BIA*. It is accordingly inoperative to the extent of the conflict by

l'analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance, car il est presque toujours possible d'éviter l'application d'une loi provinciale pour ne pas causer de conflit avec une loi fédérale. En outre, s'il est possible d'éviter un conflit d'application simplement en refusant d'appliquer la loi provinciale, on pourrait faire la même chose pour éviter toute entrave à la réalisation de l'objet fédéral sous le second volet de l'analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance. En l'espèce, il n'est pas possible que la province applique l'art. 102 sans contrevenir au par. 178(2). En fait, l'art. 102 crée, pour ce qui est des dettes dont le failli n'est pas libéré, une nouvelle catégorie de dettes qui ne figure pas au par. 178(1) de la *LFI*. En conséquence, la loi provinciale autorise la chose même qu'interdit la loi fédérale. Il en résulte un conflit d'application.

L'article 102 entrave aussi la réhabilitation financière du failli. L'écrasant fardeau de la réclamation de la province contre M constituait la principale raison de sa faillite. Si l'on permet que l'art. 102 s'applique en dépit de la libération de M, celui-ci se voit privé de la possibilité de se réhabiliter que le Parlement a voulu lui donner. Si le Parlement avait voulu que les dettes constatées par jugement découlant d'accidents automobiles, ou les charges réglementaires en résultant, survivent à la faillite, il l'aurait indiqué expressément au par. 178(1) de la *LFI*, ce qu'il n'a pas fait. S'immiscer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du Parlement à cet égard outrepassé la compétence constitutionnelle de la province. Les droits de conducteur de M ne peuvent non plus servir de nouvelle contrepartie pour conclure un nouveau contrat exécutoire en vue du remboursement de la dette dont il a été libéré. M n'a pas à conclure un tel contrat pour recouvrer ses droits de conducteur, car la province n'a pas le pouvoir de l'en priver.

La *TSA* n'entrave cependant pas la réalisation de l'objet de la *LFI* que constitue le partage équitable des biens. La Cour a à maintes reprises mis en garde contre le fait de conférer à la doctrine de la prépondérance une portée trop large dès qu'il y a entrave à l'objectif fédéral. Il est toujours essentiel d'établir avec précision l'objet de la disposition de la loi fédérale en cause. S'il est clair que le par. 178(2) vise la réhabilitation financière du débiteur et que l'art. 102 entrave la réalisation de cet objet, on ne peut conclure que l'application du régime provincial dans le contexte de la présente affaire fait obstacle au partage équitable des biens.

La juge en chef McLachlin et la juge Côté : L'article 102 de la *TSA* entrave la réhabilitation financière du failli, qui est l'objectif du par. 178(2) de la *LFI*. Il est donc inopérant dans la mesure du conflit en raison de la

reason of the doctrine of federal paramountcy. As the frustration of one federal purpose is sufficient to trigger the application of the doctrine of federal paramountcy, it is not necessary to address the purpose of equitable distribution.

There is no operational conflict to speak of in this case. The majority's analysis contrasts with the clear standard that has been adopted for the purpose of determining whether an operational conflict exists in the context of the federal paramountcy test: impossibility of dual compliance as a result of an express conflict. Impossibility of dual compliance is the undisputed standard for determining whether an operational conflict exists and it is one that very few cases will meet. In the jurisprudence, impossibility of dual compliance has become synonymous with operational conflict. The requirement of an express contradiction is inseparable from impossibility of dual compliance. For the two laws to conflict, each one has to say exactly the opposite of what the other says. A less direct conflict is not enough. In the absence of an express conflict, the two laws are deemed to be capable of operating side by side. In light of the modern jurisprudence, this restrained approach to operational conflict is inescapable. Such a high standard is consistent with co-operative federalism. If, in practice, the wording of the statutes makes it possible to comply with both of them, then co-operative federalism requires a court to find that the federal and provincial statutes are compatible, at least at the first stage of the analysis.

The two branches of the modern federal paramountcy test relate to two different forms of conflict. A finding of an operational conflict in the first branch will not necessarily entail a finding of frustration of a federal purpose in the second branch. The first branch is concerned with an incompatibility that is evident on the face of the provisions themselves. Even a superficial possibility of dual compliance will suffice for a court to conclude that there is no operational conflict. If the federal law is prohibitive, as in the case at bar, the question becomes what exactly it prohibits. If the provincial law allows the very same thing the federal law prohibits, there is an operational conflict. In many cases, the two branches of the test have been confused. Although this Court's past decisions are not always helpful when it comes to drawing a distinction between the two branches, they do support three propositions: (1) that the applicable standard for the first branch is impossibility of dual compliance caused by an express conflict, (2) that this is a high standard that should be applied with restraint, and only in

doctrine de la prépondérance fédérale. Comme l'entrave à la réalisation d'un objectif fédéral suffit pour que s'applique la doctrine de la prépondérance fédérale, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur l'objectif du partage équitable des biens.

Il n'y a aucun conflit opérationnel en l'espèce. L'analyse des juges majoritaires tranche avec la norme claire que la Cour a retenue en vue de déterminer, dans le cadre de l'analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance fédérale, s'il existe un conflit opérationnel : l'impossibilité de se conformer aux deux lois en raison d'un conflit exprès. L'impossibilité de se conformer aux deux lois constitue la norme incontestée pour déterminer s'il existe un conflit opérationnel, et très peu de cas pourront satisfaire à cette norme. Dans la jurisprudence, l'impossibilité de se conformer aux deux lois est devenue synonyme de conflit opérationnel. L'exigence d'un conflit exprès est indissociable de l'impossibilité de se conformer aux deux lois. Pour que les deux lois entrent en conflit, chacune doit dire exactement le contraire de ce que dit l'autre. Un conflit moins direct ne suffit pas. En l'absence d'un conflit exprès, les deux lois sont réputées pouvoir coexister. La jurisprudence moderne rend inéluctable cette façon modérée d'aborder le conflit opérationnel. Une norme aussi élevée est conforme au fédéralisme coopératif. S'il est possible en pratique de respecter les deux lois en raison de leur libellé, alors le fédéralisme coopératif oblige le tribunal à conclure que les lois fédérale et provinciale sont compatibles, du moins à la première étape de l'analyse.

Les deux volets de l'analyse moderne de la doctrine de la prépondérance fédérale ont trait à deux formes de conflit différentes. La constatation d'un conflit opérationnel au premier volet de l'analyse n'entraînera pas nécessairement au second volet une conclusion que la réalisation d'un objet fédéral a été entravée. Le premier volet concerne une incompatibilité ressortissant à première vue des dispositions elles-mêmes. Même une possibilité superficielle de se conformer aux deux lois suffit pour qu'un tribunal conclue à l'absence de conflit opérationnel. Si la loi fédérale est prohibitive, comme en l'espèce, il faut alors se demander ce qu'elle interdit exactement. Si la loi provinciale autorise la chose même qu'interdit la loi fédérale, il existe un conflit opérationnel. Dans de nombreux arrêts, la Cour a confondu les deux volets de l'analyse. Bien que la jurisprudence antérieure de notre Cour n'aide pas toujours à distinguer le premier volet du second, trois propositions s'en dégagent : (1) la norme applicable au premier volet est celle de l'impossibilité de se conformer aux deux lois en raison d'un conflit

very few cases, and (3) that the two branches are distinct and address different forms of conflict.

Consequently, at the first stage, the determining question is whether the province's legislation provides a path on which dual compliance is possible. A high standard at the first stage merely means that in most cases, the purpose and effects of the legislation at issue will need to be analyzed at the second stage. Requiring courts to deal with the issue in the second branch has many advantages. For the frustration of purpose analysis, the federal legislative intent must be established by the party relying on it. The court can proceed with a careful analysis of Parliament's intent and, if possible, interpret the federal law so as not to interfere with the provincial law. The impossibility standard, if applied strictly, will not render the first branch of the federal paramountcy test meaningless. If the provincial law allows or requires something that the federal law explicitly prohibits, or if the conflict is direct rather than indirect, there will be an operational conflict.

In the case at bar, it is clear from the provisions themselves that dual compliance is not impossible. The provisions at issue do not expressly conflict; they are different in terms of their contents and of the remedies that they provide. One of them does not permit what the other specifically prohibits. Under s. 178 of the *BIA*, a bankrupt is discharged from claims provable in bankruptcy. That section says nothing more. Section 102 of the *TSA* does not revive an extinguished claim *per se*; if a debtor chooses not to drive, the province simply cannot enforce its claim. He can also opt to voluntarily pay the discharged debt. The bankrupt is still discharged in the literal sense of the words of s. 178(2) of the *BIA*. The two statutes answer different questions. In the end, the literal requirement of the federal statute is, strictly speaking, met. It therefore follows that the two acts can operate side by side without operational conflict, although there is a frustration of purpose.

Cases Cited

By Gascon J.

Distinguished: *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, 2005 SCC 13, [2005] 1 S.C.R. 188; *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots*

exprès, (2) la norme est élevée et ne devrait être appliquée qu'avec retenue, et dans très peu de cas seulement, et (3) les deux volets sont distincts et s'appliquent à des formes différentes de conflit.

Par conséquent, sous le premier volet, la question déterminante est de savoir si la loi provinciale laisse la possibilité de se conformer aux deux lois. L'application d'une norme élevée sous le premier volet signifie simplement que dans la plupart des cas, l'objet et les effets de la loi en cause devront être analysés sous le deuxième volet. Obliger les tribunaux à étudier la question au second volet comporte de nombreux avantages. Dans le contexte de l'analyse portant sur l'entrave à la réalisation de l'objet, la partie qui invoque l'intention du législateur fédéral doit établir cette intention. La cour peut analyser attentivement l'intention du Parlement et, si possible, interpréter la loi fédérale de manière à ce qu'elle n'entre pas en conflit avec la loi provinciale. L'application stricte de la norme de l'impossibilité ne rendra pas dénué de sens le premier volet de l'analyse de la doctrine de la prépondérance fédérale. Si la loi provinciale autorise ou exige l'accomplissement d'un acte que la loi fédérale interdit expressément, ou s'il s'agit d'un conflit direct plutôt qu'indirect, il existera un conflit opérationnel.

En l'espèce, il appert clairement des dispositions elles-mêmes que le respect des deux textes de loi n'est pas impossible. Les dispositions en cause ne sont pas expressément en conflit; elles diffèrent de par leur contenu et les recours qu'elles offrent. L'une ne permet pas ce que l'autre interdit expressément. Aux termes de l'art. 178 de la *LFI*, un failli est libéré de toutes réclamations prouvables en matière de faillite. Cet article ne prévoit rien de plus. L'article 102 de la *TSA* ne fait pas revivre une réclamation éteinte en soi; si un débiteur choisit de ne pas conduire, la province ne peut tout simplement pas recouvrer sa créance. Il peut aussi choisir de payer volontairement la dette dont il a été libéré. Le failli demeure libéré au sens littéral du par. 178(2) de la *LFI*. Les deux lois visent des objets différents. En bout de ligne, l'obligation littérale de la loi fédérale est, à proprement parler, respectée. Il s'ensuit donc que les deux lois peuvent coexister sans conflit opérationnel, même en présence d'une entrave à l'objectif fédéral.

Jurisprudence

Citée par le juge Gascon

Distinction d'avec les arrêts : *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188; *Québec (Procureur général) c. Canadian*

Association, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536; **discussed:** *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, 2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241; *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961; **referred to:** *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113; *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271; *Garland v. Consumers' Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629; *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776; *Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 SCC 53, [2015] 3 S.C.R. 419; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121; *Bank of Montreal v. Marcotte*, 2014 SCC 55, [2014] 2 S.C.R. 725; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Quebec (Attorney General) v. Canada (Human Resources and Social Development)*, 2011 SCC 60, [2011] 3 S.C.R. 635; *Clarke v. Clarke*, [1990] 2 S.C.R. 795; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *O'Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785; *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; *R. v. Fitzgibbon*, [1990] 1 S.C.R. 1005; *Schreyer v. Schreyer*, 2011 SCC 35, [2011] 2 S.C.R. 605; *Industrial Acceptance Corp. v. Lalonde*, [1952] 2 S.C.R. 109; *Vachon v. Canada Employment and Immigration Commission*, [1985] 2 S.C.R. 417; *GMAC Commercial Credit Corp. — Canada v. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 SCC 35, [2006] 2 S.C.R. 123; *Ross v. Registrar of Motor Vehicles*, [1975] 1 S.C.R. 5; *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] S.C.R. 396; *Thomson v. Alberta (Transportation and Safety Board)*, 2003 ABCA 256, 232 D.L.R. (4th) 237; *Newfoundland and Labrador v. AbitibiBowater Inc.*, 2012 SCC 67, [2012] 3 S.C.R. 443; *Ontario (Minister of Finance) v. Clarke*, 2013 ONSC 1920, 115 O.R. (3d) 33; *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417; *407 ETR Concession Co. v. Canada (Superintendent of Bankruptcy)*, 2015 SCC 52, [2015] 3 S.C.R. 397; *Gorguis v. Saskatchewan Government Insurance*, 2011 SKQB

Owners and Pilots Association, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536; **arrêts analysés :** *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241; *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961; **arrêts mentionnés :** *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113; *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271; *Garland c. Consumers' Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629; *Smith c. The Queen*, [1960] R.C.S. 776; *Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 CSC 53, [2015] 3 R.C.S. 419; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *Banque de Montréal c. Marcotte*, 2014 CSC 55, [2014] 2 R.C.S. 725; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Québec (Procureur général) c. Canada (Ressources humaines et Développement social)*, 2011 CSC 60, [2011] 3 R.C.S. 635; *Clarke c. Clarke*, [1990] 2 R.C.S. 795; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *O'Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785; *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; *R. c. Fitzgibbon*, [1990] 1 R.C.S. 1005; *Schreyer c. Schreyer*, 2011 CSC 35, [2011] 2 R.C.S. 605; *Industrial Acceptance Corp. c. Lalonde*, [1952] 2 R.C.S. 109; *Vachon c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 417; *Société de crédit commercial GMAC — Canada c. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 CSC 35, [2006] 2 R.C.S. 123; *Ross c. Registraire des véhicules automobiles*, [1975] 1 R.C.S. 5; *Provincial Secretary of Prince Edward Island c. Egan*, [1941] R.C.S. 396; *Thomson c. Alberta (Transportation and Safety Board)*, 2003 ABCA 256, 232 D.L.R. (4th) 237; *Terre-Neuve-et-Labrador c. AbitibiBowater Inc.*, 2012 CSC 67, [2012] 3 R.C.S. 443; *Ontario (Minister of Finance) c. Clarke*, 2013 ONSC 1920, 115 O.R. (3d) 33; *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417;

132, 372 Sask. R. 152, rev'd 2013 SKCA 32, 414 Sask. R. 5; *Buchanan v. Superline Fuels Inc.*, 2007 NSCA 68, 255 N.S.R. (2d) 286; *Miller, Re* (2001), 27 C.B.R. (4th) 107; *Lucar, Re* (2001), 32 C.B.R. (4th) 270; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3.

By Côté J.

Discussed: *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961; *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, 2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; **referred to:** *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, 2005 SCC 13, [2005] 1 S.C.R. 188; *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59; *NIL/TU, O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696; *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113; *Quebec (Attorney General) v. Canada (Human Resources and Social Development)*, 2011 SCC 60, [2011] 3 S.C.R. 635; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121; *Canada (Superintendent of Bankruptcy) v. 407 ETR Concession Company Ltd.*, 2013 ONCA 769, 118 O.R. (3d) 161; *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the preservation of agricultural land and agricultural activities, R.S.Q., c. P-41.1.
Aeronautics Act, R.S.C. 1985, c. A-2.
Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 69.3, 69.4, 72(1), 121(1), 136, 137(1), 139, 140.1, 141, 172, 178.

407 ETR Concession Co. c. Canada (Surintendant des faillites), 2015 CSC 52, [2015] 3 R.C.S. 397; *Gorguis c. Saskatchewan Government Insurance*, 2011 SKQB 132, 372 Sask. R. 152, inf. par 2013 SKCA 32, 414 Sask. R. 5; *Buchanan c. Superline Fuels Inc.*, 2007 NSCA 68, 255 N.S.R. (2d) 286; *Miller, Re* (2001), 27 C.B.R. (4th) 107; *Lucar, Re* (2001), 32 C.B.R. (4th) 270; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3.

Citée par la juge Côté

Arrêts analysés : *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; **arrêts mentionnés :** *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188; *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59; *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696; *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113; *Québec (Procureur général) c. Canada (Ressources humaines et Développement social)*, 2011 CSC 60, [2011] 3 R.C.S. 635; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *Canada (Superintendent of Bankruptcy) c. 407 ETR Concession Company Ltd.*, 2013 ONCA 769, 118 O.R. (3d) 161; *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271.

Lois et règlements cités

Legal Profession Act, S.B.C. 1987, c. 25, art. 1 « practice of law ».
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92.
Loi sur l'aéronautique, L.R.C. 1985, c. A-2.
Loi sur l'examen de l'endettement agricole, L.R.C. 1985, c. 25 (2^e suppl.).

Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36.
Constitution Act, 1867, ss. 91, 92.
Family Farm Protection Act, C.C.S.M., c. F15.
Farm Debt Review Act, R.S.C. 1985, c. 25 (2nd Supp.).
Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, ss. 30, 69(1).
Legal Profession Act, S.B.C. 1987, c. 25, s. 1 "practice of law".
Marine Liability Act, S.C. 2001, c. 6.
Motor Vehicle Accident Claims Act, R.S.A. 2000, c. M-22, s. 5(1), (2), (7).
Personal Property Security Act, R.S.O. 1990, c. P.10.
Tobacco Act, S.C. 1997, c. 13.
Tobacco Control Act, S.S. 2001, c. T-14.1.
Traffic Safety Act, R.S.A. 2000, c. T-6, ss. 54, 102, 103.

Authors Cited

Alberta. Legislative Assembly. *Alberta Hansard*, 3rd Sess., 24th Leg., April 12, 1999, p. 927.
Black's Law Dictionary, 10th ed. by Bryan A. Garner, ed. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2014, « enforce », « release ».
Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6^e éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2014.
Canada. Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation. *Bankruptcy and Insolvency: Report of the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation*. Ottawa: Information Canada, 1970.
Colvin, Eric. "Constitutional Law — Paramouncy — Duplication and Express Contradiction — Multiple Access Ltd. v. McCutcheon" (1983), 17 *U.B.C. L. Rev.* 347.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Toronto: Carswell, 2007 (updated 2014, release 1).
Hogg, Peter W. "Paramouncy and Tobacco" (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 335.
Houlden, L. W., G. B. Morawetz and Janis Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, 4th ed. (rev.). Toronto: Carswell, 2013 (updated 2015, release 6).
Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*. Toronto: Irwin Law, 2009.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Berger, Watson and Slatter JJ.A.), 2014 ABCA 68, 91 Alta. L.R. (5th) 221, 569 A.R. 177, 370 D.L.R. (4th) 267, 9 C.B.R. (6th) 278, 64 M.V.R.

Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, c. I-2, art. 30, 69(1).
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 69.3, 69.4, 72(1), 121(1), 136, 137(1), 139, 140.1, 141, 172, 178.
Loi sur la protection des exploitations agricoles familiales, C.P.L.M., c. F15.
Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles, L.R.Q., c. P-41.1.
Loi sur la responsabilité en matière maritime, L.C. 2001, c. 6.
Loi sur le tabac, L.C. 1997, c. 13.
Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36.
Loi sur les sûretés mobilières, L.R.O. 1990, c. P.10.
Motor Vehicle Accident Claims Act, R.S.A. 2000, c. M-22, art. 5(1), (2), (7).
Tobacco Control Act, S.S. 2001, c. T-14.1.
Traffic Safety Act, R.S.A. 2000, c. T-6, art. 54, 102, 103.

Doctrine et autres documents cités

Alberta. Legislative Assembly. *Alberta Hansard*, 3rd Sess., 24th Leg., April 12, 1999, p. 927.
Black's Law Dictionary, 10th ed. by Bryan A. Garner, ed., St. Paul (Minn.), Thomson Reuters, 2014, « enforce », « release ».
Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.
Canada. Comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité. *Faillite et Insolvabilité : Rapport du comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité*, Ottawa, Information Canada, 1970.
Colvin, Eric. « Constitutional Law — Paramouncy — Duplication and Express Contradiction — Multiple Access Ltd. v. McCutcheon » (1983), 17 *U.B.C. L. Rev.* 347.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Toronto, Carswell, 2007 (updated 2014, release 1).
Hogg, Peter W. « Paramouncy and Tobacco » (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 335.
Houlden, L. W., G. B. Morawetz and Janis Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, 4th ed. (rev.), Toronto, Carswell, 2013 (updated 2015, release 6).
Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*, Toronto, Irwin Law, 2009.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Berger, Watson et Slatter), 2014 ABCA 68, 91 Alta. L.R. (5th) 221, 569 A.R. 177, 370 D.L.R. (4th) 267, 9 C.B.R. (6th) 278, 64

(6th) 82, [2014] 4 W.W.R. 272, [2014] A.J. No. 155 (QL), 2014 CarswellAlta 225 (WL Can.), affirming a decision of Moen J., 2012 ABQB 644, 73 Alta. L.R. (5th) 44, 550 A.R. 257, 39 M.V.R. (6th) 21, [2012] A.J. No. 1094 (QL), 2012 CarswellAlta 1757 (WL Can.). Appeal dismissed.

Lillian Riczu, for the appellant.

R. Jeremy Newton, for the respondent.

Josh Hunter and *Daniel Huffaker*, for the interveners the Attorney General of Ontario.

Alain Gingras, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Richard M. Butler, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Thomson Irvine, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Peter Southey and *Michael Lema*, for the interveners the Superintendent of Bankruptcy.

The judgment of Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ. was delivered by

GASCON J. —

I. Overview

[1] In Canada, the federal and provincial levels of government must enact laws within the limits of their respective spheres of jurisdiction. The *Constitution Act, 1867* defines which matters fall within the exclusive legislative authority of each level. Still, even when acting within its own sphere, one level of government will sometimes affect matters within the other's sphere of jurisdiction. The resulting legislative overlap may, on occasion, lead to a conflict between otherwise valid federal and provincial laws. In this appeal, the Court must decide whether such a conflict exists, and if so, resolve it.

M.V.R. (6th) 82, [2014] 4 W.W.R. 272, [2014] A.J. No. 155 (QL), 2014 CarswellAlta 225 (WL Can.), qui a confirmé une décision de la juge Moen, 2012 ABQB 644, 73 Alta. L.R. (5th) 44, 550 A.R. 257, 39 M.V.R. (6th) 21, [2012] A.J. No. 1094 (QL), 2012 CarswellAlta 1757 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Lillian Riczu, pour l'appelant.

R. Jeremy Newton, pour l'intimé.

Josh Hunter et *Daniel Huffaker*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Alain Gingras, pour l'intervenante la procureure générale du Québec.

Richard M. Butler, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Thomson Irvine, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Peter Southey et *Michael Lema*, pour l'intervenant le Surintendant des faillites.

Version française du jugement des juges Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon rendu par

LE JUGE GASCON —

I. Aperçu

[1] Au Canada, les gouvernements fédéral et provinciaux doivent adopter des lois qui relèvent de leurs sphères de compétence respectives. La *Loi constitutionnelle de 1867* indique les matières qui relèvent de l'autorité législative exclusive de chaque ordre. Cependant, même lorsqu'il agit dans les limites de sa propre sphère de compétence, un ordre de gouvernement touche parfois à des matières relevant de la sphère de l'autre. Le chevauchement législatif en résultant peut, à l'occasion, entraîner un conflit entre des lois fédérales et provinciales par ailleurs valides. Dans le présent pourvoi, la Cour doit décider si un tel conflit existe et, dans l'affirmative, le résoudre.

[2] The alleged conflict in this case concerns, on the one hand, the federal *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“*BIA*”), and on the other hand, Alberta’s *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, c. T-6 (“*TSA*”). It stems from a car accident caused by the respondent while he was uninsured, contrary to s. 54 of the *TSA*. The province of Alberta compensated the individual injured in the accident and sought to recover the amount of the compensation from the respondent. The latter, however, made an assignment in bankruptcy and was eventually discharged. The *BIA* governs bankruptcy and provides that, upon discharge, the respondent is released from all debts that are claims provable in bankruptcy. The *TSA* governs the activity of driving, including vehicle permits and driver’s licences, and allows the province to suspend the respondent’s licence and permits until he pays the amount of the compensation.

[3] As a result of his bankruptcy and subsequent discharge, the respondent did not pay the amount of the compensation in full; because of this failure to pay, Alberta suspended his vehicle permits and driver’s licence. The respondent contested this suspension, arguing that the *TSA* conflicted with the *BIA*, in that it frustrated the purposes of bankruptcy. The province replied that there was no conflict since the *TSA* was regulatory in nature and did not purport to enforce a discharged debt. The Court of Queen’s Bench and the Court of Appeal found that there was a conflict between the federal and provincial laws. Relying on the doctrine of federal paramountcy, they declared the impugned provision of the *TSA* to be inoperative to the extent of the conflict. I agree with the outcome reached by the lower courts, and I would dismiss the appeal.

II. Facts

[4] The car accident caused by the respondent occurred in 1989. In 1996, the individual injured in the accident obtained judgment against the respondent in the amount of \$194,875. The Administrator appointed under the *Motor Vehicle Accident Claims*

[2] En l’espèce, le conflit allégué concerne, d’une part, le régime fédéral de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3 (« *LFI* »), et d’autre part, la *Traffic Safety Act* de l’Alberta, R.S.A. 2000, c. T-6 (« *TSA* »). Il découle d’un accident de la route causé par l’intimé alors qu’il n’était pas assuré comme l’exige l’art. 54 de la *TSA*. La province d’Alberta a indemnisé la personne blessée dans l’accident et a tenté de recouvrer l’indemnité auprès de l’intimé. Cependant, ce dernier a fait cession de ses biens et a par la suite été libéré. La *LFI* régit la faillite et précise qu’au moment de sa libération, l’intimé est libéré de toutes les dettes qui sont des réclamations prouvables en matière de faillite. La *TSA* régit la conduite d’un véhicule automobile, y compris les certificats d’immatriculation et les permis de conduire, et permet à la province de suspendre le permis de conduire et les certificats d’immatriculation de l’intimé jusqu’à ce qu’il paie le montant de l’indemnité.

[3] Par suite de sa faillite et de sa libération subséquente, l’intimé n’a pas payé intégralement le montant de l’indemnité; en conséquence, l’Alberta a suspendu ses certificats d’immatriculation et son permis de conduire. L’intimé a contesté cette suspension et a plaidé que la *TSA* entrerait en conflit avec la *LFI* en ce qu’elle entravait la réalisation des objectifs de la faillite. En réponse, la province a nié l’existence d’un conflit puisque la *TSA* était de nature réglementaire et ne visait pas le recouvrement d’une dette ayant fait l’objet d’une libération. La Cour du Banc de la Reine et la Cour d’appel ont conclu à l’existence d’un conflit entre les lois fédérale et provinciale. S’appuyant sur la doctrine de la prépondérance fédérale, elles ont déclaré la disposition contestée de la *TSA* inopérante dans la mesure du conflit. Je souscris à la conclusion tirée par les tribunaux d’instance inférieure et je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

II. Faits

[4] L’accident de la route causé par l’intimé s’est produit en 1989. En 1996, la personne blessée dans l’accident a obtenu contre l’intimé un jugement lui accordant la somme de 194 875 \$. L’administrateur nommé en vertu de la *Motor Vehicle Accident*

Act, R.S.A. 2000, c. M-22 (“*MVACA*”), indemnified the injured party for the amount of the judgment debt and was assigned the debt in accordance with the *MVACA*. Initially, the respondent made arrangements with the Administrator to pay the debt in instalments. Some years later, however, in January 2008, he made an assignment in bankruptcy. He listed the Administrator’s claim in his Statement of Affairs. It is not disputed that the judgment debt assigned to the Administrator was a claim provable in bankruptcy. It was, by far, the respondent’s most substantial debt and, in fact, the reason for his financial difficulties. At the time of the assignment, the outstanding amount due to the Administrator stood at \$195,823.

[5] In June 2011, the respondent obtained an absolute discharge, which no one opposed. In October of the same year, he received a letter from the Director, Driver Fitness and Monitoring, notifying him that, by application of s. 102(1) of the *TSA*, his operator’s licence and vehicle registration privileges would be suspended until payment of the outstanding amount of the judgment debt. Later, in November, his lawyer received another letter, this time from Motor Vehicle Accident Recoveries, advising the respondent that he “remains indebted for the judgment debt obtained against him . . . ‘until the judgment is satisfied or discharged, otherwise than by a discharge in bankruptcy’” (A.R., at p. 49). The letter proposed that new payment arrangements be made, failing which the suspension of his driving privileges would continue.

[6] Given this situation, in March 2012, the respondent sought an order from the Court of Queen’s Bench to stay the suspension of his driving privileges. He claimed that he had been discharged in bankruptcy and that s. 178 of the *BIA* precluded the Administrator from enforcing the judgment debt.

Claims Act, R.S.A. 2000, c. M-22 (« *MVACA* »), a indemnisé la personne blessée du montant de la créance judiciaire et s’est vu céder la créance conformément à la *MVACA*. Au départ, l’intimé a pris avec l’administrateur des dispositions en vue de rembourser la dette par versements échelonnés. Quelques années plus tard toutefois, en janvier 2008, il a fait cession de ses biens. Il a inscrit la réclamation de l’administrateur dans son bilan. Nul ne conteste que la créance judiciaire cédée à l’administrateur constituait une réclamation prouvable en matière de faillite. Il s’agissait, de loin, de la plus grosse dette de l’intimé et elle était, en fait, à l’origine de ses déboires financiers. Au moment de la cession, la somme due à l’administrateur s’élevait à 195 823 \$.

[5] En juin 2011, l’intimé a obtenu une libération absolue, à laquelle personne ne s’est opposé. En octobre de la même année, il a reçu du directeur du service de la surveillance et de l’aptitude des conducteurs une lettre l’avisant que, par application du par. 102(1) de la *TSA*, son permis de conduire et ses certificats d’immatriculation de véhicule seraient suspendus jusqu’au paiement de la somme due au titre de la créance judiciaire. Plus tard, en novembre, son avocat a reçu une autre lettre, cette fois du service des recouvrements relatifs aux accidents d’automobile, informant l’intimé qu’il [TRADUCTION] « demeure débiteur de la somme due en vertu du jugement obtenu contre lui [. . .] “tant qu’[il] n’a pas satisfait au jugement et qu’[il] ne s’est pas libéré[r] de l’obligation autrement que par une libération de faillite” » (d.a., p. 49). La lettre lui proposait de prendre de nouvelles dispositions en vue du paiement, à défaut de quoi la suspension de ses droits de conducteur serait maintenue.

[6] Devant cette situation, en mars 2012, l’intimé a demandé à la Cour du Banc de la Reine de surseoir à la suspension de ses droits de conducteur. Il a fait valoir qu’il avait été libéré de faillite et que l’art. 178 de la *LFI* empêchait l’administrateur de le contraindre à payer la dette constatée par jugement.

III. Judicial History

A. *Alberta Court of Queen's Bench, 2012 ABQB 644, 73 Alta. L.R. (5th) 44*

[7] Moen J. first found that, as a result of the discharge, there was no longer a liability on the basis of which the judgment could be enforced (para. 21). In her view, the question at issue was whether the discharge precluded the province from suspending the respondent's driving privileges because of the unpaid judgment debt. This entailed looking at the operation of the *TSA* and the *BIA* and determining whether the relevant provisions were in conflict, making the doctrine of paramountcy applicable. According to Moen J., an "operational conflict" could arise in two situations, namely where (1) "compliance with both acts is rendered inconsistent or impossible by directly conflicting with an express provision of the *BIA*" or (2) "the *TSA* has the intent and/or effect of interfering with the provisions of the *BIA* or its fundamental objectives" (para. 30).

[8] Moen J. emphasized the rehabilitative purpose of the *BIA* (para. 31). She described the purpose of the *TSA* as being the "protection of public safety via the regulation of traffic and motor vehicles" (para. 33), and the purpose of s. 102 of the *TSA* as "preventing 'irresponsible drivers from having the continued privilege of driving . . . without being made to account for the normal consequences of their vast irresponsibilities'" (para. 34). She distinguished situations in which the purpose of licence suspension is the collection of a debt from those in which it is the regulation of conduct (paras. 37-42). She concluded that the sole purpose of s. 102 is the collection of an unpaid judgment debt. In her view, the provision had nothing to do with the regulation of the respondent's misconduct (para. 43). She thus held that the province's actions were not disciplinary, but rather "a method of debt collection, and a colourable attempt to circumvent the provisions of the *BIA*" (para. 45). This "improper purpose" of the *TSA* created an "operational conflict" with the *BIA* (para. 45). She therefore stayed both the enforcement of the judgment debt and the suspension of the respondent's driving privileges (para. 49), and

III. Historique judiciaire

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, 2012 ABQB 644, 73 Alta. L.R. (5th) 44*

[7] La juge Moen a d'abord conclu que, par l'effet de la libération, il n'y avait plus de créance servant de fondement à l'exécution du jugement (par. 21). À son avis, il s'agissait de savoir si la libération empêchait la province de suspendre les droits de conducteur de l'intimé en raison du non-paiement de la dette constatée par jugement. Elle devait donc examiner l'application de la *TSA* et de la *LFI* et déterminer si les dispositions pertinentes entraient en conflit, entraînant ainsi l'application de la doctrine de la prépondérance. Selon la juge Moen, il pouvait exister un [TRADUCTION] « conflit d'application » dans les deux situations suivantes, à savoir lorsque (1) « le respect des deux lois devient incohérent ou impossible en raison d'un conflit direct avec une disposition expresse de la *LFI* », ou lorsque (2) « la *TSA* vise à faire obstacle, ou fait obstacle, à l'application des dispositions de la *LFI* ou à la réalisation de ses objectifs fondamentaux » (par. 30).

[8] La juge Moen a mis l'accent sur l'objet de la réhabilitation que favorise la *LFI* (par. 31). Elle a décrit l'objet de la *TSA* comme étant la [TRADUCTION] « protection de la sécurité publique par la réglementation de la circulation et des véhicules automobiles » (par. 33), et l'objet de l'art. 102 de la *TSA* comme étant d'« empêcher "les conducteurs irresponsables de continuer de bénéficier du droit de conduire [. . .] sans avoir à subir les conséquences normales de leur grande irresponsabilité" » (par. 34). Elle a établi une distinction entre les situations où l'objet de la suspension de permis est le recouvrement d'une créance et celles où elle vise la réglementation d'une conduite (par. 37-42). Elle a conclu que le seul objet de l'art. 102 était le recouvrement d'une créance judiciaire. À son avis, la disposition n'a rien à voir avec la réglementation de l'inconduite de l'intimé (par. 43). Elle a donc estimé que les mesures prises par la province n'étaient pas de nature disciplinaire et constituaient plutôt « un mode de recouvrement de créances et une tentative déguisée de contourner les dispositions de la *LFI* » (par. 45). Cet « objet illégitime » de la *TSA* faisait naître un « conflit d'application » avec la *LFI*

she declared the *TSA* ineffective to the extent of the conflict with the *BIA* (para. 48).

B. *Alberta Court of Appeal, 2014 ABCA 68, 91 Alta. L.R. (5th) 221*

[9] Writing for a unanimous court, Slatter J.A. described the two types of conflict that trigger the application of the doctrine of paramountcy as follows: (1) “it is impossible to comply with both the provincial and the federal legislation”, or (2) “even though it is technically possible to comply with both, the application of the provincial statute can fairly be said to frustrate Parliament’s legislative purpose” (para. 10). He concluded that because the respondent could comply with both laws by not driving, there was no conflict under the first branch of the test (para. 10).

[10] Turning to the second branch, Slatter J.A. described the two purposes of the *BIA* as being, first, equal distribution, and second, rehabilitation. He observed that s. 178 lists the debts that are not discharged by bankruptcy, none of which corresponds to judgment debts for damages resulting from motor vehicle accidents (paras. 13-15). According to him, while discharge from bankruptcy does not extinguish debts, nonetheless, “[w]hatever conceptual distinction there may be, it is somewhat artificial in the present context”, as creditors cease to be able to enforce the discharged debts (para. 19). Slatter J.A. rejected the province’s argument that driving privileges can be used as fresh consideration to revive a discharged debt; such consideration is not genuine and it is inconsistent with the policy of the *BIA* (paras. 20-21). Rejecting another of the province’s arguments, he held that it is irrelevant that driving privileges do not constitute property of the bankrupt. The province cannot withhold privileges arbitrarily in a way that frustrates the purposes of the *BIA* (paras. 23-24).

(par. 45). Elle a donc sursis au recouvrement de la créance judiciaire et à la suspension des droits de conducteur de l’intimé (par. 49), et elle a déclaré la *TSA* inopérante dans la mesure du conflit avec la *LFI* (par. 48).

B. *Cour d’appel de l’Alberta, 2014 ABCA 68, 91 Alta. L.R. (5th) 221*

[9] S’exprimant au nom d’une cour unanime, le juge Slatter a décrit comme suit les deux types de conflit qui entraînent l’application de la doctrine de la prépondérance : (1) [TRADUCTION] « il est impossible de se conformer à la fois à la loi provinciale et à la loi fédérale », ou (2) « bien qu’il soit techniquement possible de se conformer aux deux lois, on peut à juste titre affirmer que l’application de la loi provinciale entrave la réalisation de l’objectif législatif du Parlement » (par. 10). Il a conclu que, parce que l’intimé pouvait se conformer aux deux lois en s’abstenant de conduire, il n’existait aucun conflit selon le premier volet de l’analyse (par. 10).

[10] Quant au second volet, le juge Slatter a décrit les deux objets de la *LFI* comme étant, premièrement, la répartition équitable, et deuxièmement, la réhabilitation. Il a fait remarquer que l’art. 178 énumère les dettes dont le failli n’est pas libéré à l’issue de la faillite, et qu’aucune de ces dettes ne correspond à une dette constatée par jugement pour des dommages résultant d’un accident d’automobile (par. 13-15). Selon lui, si la libération du failli n’éteint pas les dettes, il reste que [TRADUCTION] « [q]uelle que soit la distinction conceptuelle que l’on puisse faire, elle est plutôt artificielle dans le présent contexte » puisque les créanciers ne sont plus en mesure de contraindre le failli à rembourser les dettes dont il a été libéré (par. 19). Le juge Slatter a rejeté l’argument de la province voulant que les droits de conducteur puissent servir de nouvelle contrepartie d’un contrat qui fait renaître une dette dont le failli a été libéré; une telle contrepartie n’est ni véritable ni compatible avec les principes qui sous-tendent la *LFI* (par. 20-21). Rejetant un autre des arguments de la province, il a estimé qu’il importe peu que les droits de conducteur ne constituent pas des biens du failli. La province ne peut retirer arbitrairement des droits de manière à entraver la réalisation des objets de la *LFI* (par. 23-24).

[11] Slatter J.A. observed that s. 102 of the *TSA* specifically provides that it operates notwithstanding a discharge in bankruptcy. In his view, this is a “*prima facie* signal of a potential operational conflict” (para. 39). Although s. 102 is not coercive and the respondent could choose not to drive, Slatter J.A. concluded that it nonetheless frustrates the purposes of the *BIA*. One of these purposes is that the discharged bankrupt “will not have to make any such ‘choices’” and will be “free to make independent and unencumbered personal and economic decisions going forward” (para. 43). Because s. 102 is focused on debt collection and is not connected to traffic safety considerations (paras. 40 and 45-47), it interferes with a driver’s ability to make a fresh start (paras. 48-49). Slatter J.A. also concluded that s. 102 disrupts fair and equal distribution to creditors because it permits the province to collect amounts in addition to the dividend ordinarily distributed to creditors (para. 50). He held that s. 102 frustrates both purposes of the *BIA* and that the words “otherwise than by a discharge in bankruptcy” are in “operational conflict” with the *BIA* (para. 54).

IV. Issue

[12] The Chief Justice formulated the following constitutional question:

Is s. 102(2) of the Alberta *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, c. T-6, constitutionally inoperative by reason of the doctrine of federal paramountcy?

Although the constitutional question, as formulated, refers only to s. 102(2), the proceedings below and the parties’ submissions concern the section in its entirety. Accordingly, I will examine all of the relevant aspects of s. 102.

V. Analysis

[13] Various government actors have been involved in this dispute. Unless otherwise specified,

[11] Le juge Slatter a fait observer que l’art. 102 de la *TSA* prévoit expressément qu’il s’applique nonobstant une libération de faillite. À son avis, il s’agit là d’un [TRADUCTION] « indice de l’existence potentielle d’un conflit d’application » (par. 39). Bien que l’art. 102 ne soit pas coercitif et que l’intimé puisse choisir de ne pas conduire, le juge Slatter a conclu qu’il n’en entrave pas moins la réalisation des objets de la *LFI*. L’un de ces objets consiste à faire en sorte que le failli libéré « n’ait pas à faire de tels “choix” » et puisse « aller de l’avant en étant libre de prendre des décisions économiques et personnelles indépendantes et sans entrave » (par. 43). Parce que l’art. 102 vise principalement le recouvrement de dettes et n’est aucunement lié à des considérations en matière de sécurité routière (par. 40 et 45-47), il empêche le conducteur de repartir à neuf (par. 48-49). Le juge Slatter a également conclu que l’art. 102 perturbe la répartition juste et équitable des biens entre les créanciers parce qu’il permet à la province de recouvrer des sommes en plus des dividendes habituellement versés aux créanciers (par. 50). Il a estimé que l’art. 102 entrave la réalisation des deux objets de la *LFI* et que les mots « autrement que par une libération de faillite » donnent lieu à un « conflit d’application » avec la *LFI* (par. 54).

IV. Question en litige

[12] La Juge en chef a formulé la question constitutionnelle suivante :

Le paragraphe 102(2) de la *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, c. T-6, de l’Alberta est-il inopérant du point de vue constitutionnel en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale?

Bien que la question constitutionnelle, telle qu’elle a été formulée, ne vise que le par. 102(2), les instances inférieures et les observations des parties concernent l’article en entier. J’examinerai donc tous les aspects pertinents de l’art. 102.

V. Analyse

[13] Divers acteurs gouvernementaux ont pris part au présent différend. Sauf indication contraire,

I will refer to the province of Alberta as encompassing these different actors. I will first review the principles applicable to the doctrine of federal paramountcy and then apply them to the facts of this appeal.

A. *The Doctrine of Federal Paramountcy*

[14] Each level of government — Parliament, on the one hand, and the provincial legislatures, on the other — has exclusive authority to enact legislation with respect to certain subject matters. Sections 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* assign each power to the level of government best suited to exercise it: *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217 (“*Secession Reference*”), at para. 58. Broad powers were given to the provincial legislatures with respect to local matters, in recognition of regional diversity, while powers relating to matters of national importance were given to Parliament, to ensure unity: *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 22.

[15] Legislative powers are exclusive, and one government is not subordinate to the other: *Secession Reference*, at para. 58, citing *Re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935 (P.C.), at p. 942. However, the legislative matrix is not as clearly defined as ss. 91 and 92 might suggest. It is often impossible for one level of government to legislate effectively within its jurisdiction without affecting matters that are within the other level’s jurisdiction: *Western Bank*, at para. 29; H. Brun, G. Tremblay and E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6th ed. 2014), at p. 465. Furthermore, it is often impossible to make a statute fall squarely within a single head of power: *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at pp. 180-81. This leads to overlap in the exercise of provincial and federal powers. The tendency has been to allow these overlaps to occur as long as each level of government properly pursues objectives that fall within its jurisdiction: *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837, at para. 57; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, at para. 62; *Western Bank*, at paras. 37 and 42. This tendency reflects the

je désignerai la province d’Alberta comme englobant ces divers acteurs. Je vais d’abord examiner les principes applicables à la doctrine de la prépondérance fédérale, pour ensuite les appliquer aux faits du présent pourvoi.

A. *La doctrine de la prépondérance fédérale*

[14] Chaque ordre de gouvernement — le Parlement, d’une part, et les assemblées législatives provinciales, d’autre part — a le pouvoir exclusif d’adopter des lois relatives à certaines matières. Les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* confèrent le pouvoir afférent à chaque matière à l’ordre de gouvernement le mieux placé pour l’exercer : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 (« *Renvoi relatif à la sécession* »), par. 58. De larges pouvoirs ont été conférés aux assemblées législatives provinciales quant aux matières d’intérêt local, pour tenir compte de la diversité régionale, tandis que les pouvoirs relatifs aux matières d’intérêt national ont été conférés au Parlement, pour assurer l’unité : *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 22.

[15] Les pouvoirs législatifs sont exclusifs, et aucun ordre de gouvernement n’est en état de subordination par rapport à l’autre : *Renvoi relatif à la sécession*, par. 58, citant *Re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935 (C.P.), p. 942. Cependant, la trame législative n’est pas aussi clairement définie que les art. 91 et 92 peuvent le laisser croire. Il est souvent impossible pour un ordre de gouvernement de légiférer efficacement dans un domaine relevant de sa compétence sans toucher à des matières relevant de la compétence de l’autre : *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 29; H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6^e éd. 2014), p. 465. Il est en outre souvent impossible de classer une loi comme relevant complètement d’un seul chef de compétence : *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 180-181. Cela entraîne des chevauchements dans l’exercice des pouvoirs provinciaux et fédéraux. Ces chevauchements sont généralement permis dans la mesure où chaque ordre de gouvernement vise à bon droit des objectifs qui relèvent de sa compétence : *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837, par. 57; *Canada (Procureur*

theory of co-operative federalism: *Western Bank*, at para. 24; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, at para. 162.

[16] That said, there comes a point where legislative overlap jeopardizes the balance between unity and diversity. In certain circumstances, the powers of one level of government must be protected against intrusions, even incidental ones, by the other level: *Western Bank*, at para. 32. To protect against such intrusions, the Court has developed various constitutional doctrines. For the purposes of this appeal, I need only refer to one: the doctrine of federal paramountcy. This doctrine “recognizes that where laws of the federal and provincial levels come into conflict, there must be a rule to resolve the impasse”: *Western Bank*, at para. 32. When there is a genuine “inconsistency” between federal and provincial legislation, that is, when “the operational effects of provincial legislation are incompatible with federal legislation”, the federal law prevails: *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53, at para. 65, quoting *Western Bank*, at para. 69; see also *Marine Services*, at paras. 66–68; *Multiple Access*, at p. 168. The question thus becomes how to determine whether such a conflict exists.

[17] First and foremost, it is necessary to ensure that the overlapping federal and provincial laws are independently valid: *Western Bank*, at para. 76; *Husky Oil*, at para. 87. This means determining the pith and substance of the impugned provisions by looking at their purpose and effect: *Western Bank*, at para. 27; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783, at para. 16. Once a provision’s true purpose is identified, its validity will depend on whether it falls within the powers of the enacting government: *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113, at para. 24. If the legislation of one level of government is invalid, no conflict can ever arise, which puts an end to the inquiry. If both laws are independently

général) c. PHS Community Services Society, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, par. 62; *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 37 et 42. Cette tendance est l’expression de la théorie du fédéralisme coopératif : *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 24; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, par. 162.

[16] Cela dit, il vient un moment où le chevauchement législatif met en péril l’équilibre entre l’unité et la diversité. Dans certaines circonstances, les compétences d’un ordre de gouvernement doivent être protégées contre les empiètements, même accessoires, de l’autre ordre de gouvernement : *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 32. Pour assurer cette protection, la Cour a élaboré diverses doctrines constitutionnelles. Pour les besoins du pourvoi, je n’ai à traiter que d’une seule de ces doctrines, soit celle de la prépondérance fédérale. Cette doctrine « reconnaît que dans la mesure où les lois fédérales et provinciales entrent en conflit, une règle doit permettre de mettre fin à l’impasse » : *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 32. Lorsqu’il existe une « incompatibilité » véritable entre une loi fédérale et une loi provinciale, soit lorsque « les effets d’une législation provinciale sont incompatibles avec une législation fédérale », la loi fédérale doit prévaloir : *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53, par. 65, citant *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 69; voir aussi *Marine Services*, par. 66–68; *Multiple Access*, p. 168. La question devient donc de savoir comment déterminer si un tel conflit existe.

[17] Il faut d’abord et avant tout s’assurer que les lois fédérale et provinciale qui se chevauchent sont valides indépendamment l’une de l’autre : *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 76; *Husky Oil*, par. 87. Cela signifie qu’il faut déterminer le caractère véritable des dispositions contestées en examinant leur but et leur effet : *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 27; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783, par. 16. Une fois que l’on aura déterminé l’objet véritable de la disposition, sa validité dépendra de la question de savoir si elle relève de la compétence du gouvernement qui l’a adoptée : *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113, par. 24. Si la loi adoptée par un ordre

valid, however, the court must determine whether their concurrent operation results in a conflict.

[18] A conflict is said to arise in one of two situations, which form the two branches of the paramountcy test: (1) there is an operational conflict because it is impossible to comply with both laws, or (2) although it is possible to comply with both laws, the operation of the provincial law frustrates the purpose of the federal enactment.

[19] What is considered to be the first branch of the test was described as follows in *Multiple Access*, the seminal decision of the Court on this issue:

In principle, there would seem to be no good reasons to speak of paramountcy and preclusion except where there is actual conflict in operation as where one enactment says “yes” and the other says “no”; “the same citizens are being told to do inconsistent things”; compliance with one is defiance of the other. [Emphasis added; p. 191.]

In *Western Bank*, Binnie and LeBel JJ. referred to this passage as “the fundamental test for determining whether there is sufficient incompatibility to trigger the application of the doctrine of federal paramountcy” (para. 71). Under that test, the question is whether there is an actual conflict in operation, that is, whether both laws “can operate side by side without conflict” (*Marine Services*, at para. 76) or whether both “laws can apply concurrently, and citizens can comply with either of them without violating the other”: *Western Bank*, at para. 72; see also *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271, at para. 60; *Marine Services*, at para. 68; *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, 2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86, at paras. 77 and 81-82; *Garland v. Consumers’ Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629, at para. 53; *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776, at p. 800, per Martland J.

de gouvernement est invalide, il ne peut exister de conflit, ce qui met fin à l’examen. Si les deux lois sont valides indépendamment l’une de l’autre, par contre, la cour doit déterminer si leur application concurrente entraîne un conflit.

[18] On dit qu’il y a conflit dans l’une ou l’autre des deux situations suivantes, qui constituent les deux volets de l’analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance : (1) il existe un conflit d’application parce qu’il est impossible de respecter les deux lois, ou (2) bien qu’il soit possible de respecter les deux lois, l’application de la loi provinciale entrave la réalisation de l’objet de la loi fédérale.

[19] L’arrêt *Multiple Access*, l’arrêt de principe de la Cour sur cette question, décrit ainsi ce que l’on considère comme le premier volet de l’analyse :

En principe, il ne semble y avoir aucune raison valable de parler de prépondérance et d’exclusion sauf lorsqu’il y a un conflit véritable, comme lorsqu’une loi dit « oui » et que l’autre dit « non »; « on demande aux mêmes citoyens d’accomplir des actes incompatibles »; l’observance de l’une entraîne l’inobservance de l’autre. [Je souligne; p. 191.]

Dans l’arrêt *Banque canadienne de l’Ouest*, les juges Binnie et LeBel ont qualifié cet extrait de « critère fondamental servant à déterminer s’il existe une incompatibilité suffisante pour déclencher l’application de la doctrine de la prépondérance fédérale » (par. 71). Suivant ce critère, il s’agit de savoir s’il existe un véritable conflit d’application, c’est-à-dire si les deux lois « peuvent coexister sans conflit » (*Marine Services*, par. 76) ou si les deux « législations peuvent agir concurrentement et les citoyens peuvent les respecter toutes les deux, sans violer l’une ou l’autre » : *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 72; voir également *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271, par. 60; *Marine Services*, par. 68; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86, par. 77 et 81-82; *Garland c. Consumers’ Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629, par. 53; *Smith c. The Queen*, [1960] R.C.S. 776, p. 800, le juge Martland.

[20] In her concurring reasons, my colleague Côté J. formulates this first branch of the test as impossibility of dual compliance as a result of or caused by “an express conflict” (paras. 93 and 122). She cites in support (paras. 102-3) this Court’s use of the terms “express contradiction” in *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241, at para. 34, and *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961, at para. 17, as well as the use by Bastarache J. of the terms “express or ‘operational conflict’” in *Western Bank* (para. 126) and *Lafarge* (para. 113). She insists that under this first branch, the express conflict or express contradiction must be found merely on the basis of the “actual words” of the provisions at issue (paras. 105 and 108) and their “literal” sense or requirement (para. 97). She considers that prior cases in which this Court found that an operational conflict existed either mischaracterized the test (at paras. 116-17, she cites *Lafarge*) or conflated it with the second branch pertaining to frustration of purpose (at paras. 115 and 118, she cites *Husky Oil* and *M & D Farm*).

[21] I respectfully disagree with these propositions and with my colleague’s assessment of this Court’s past cases on the first branch of the paramountcy test. I would not characterize these as being “not helpful authority” (para. 118) and as having “confused” the two branches (para. 114). Rather, in my view, this Court’s decisions on operational conflict have been coherent and consistent since *Multiple Access*.

[22] First, the expression “express contradiction” used in those cases originated in *Multiple Access*. Dickson J. initially used it — at p. 187, in discussing prior decisions of the Court — to describe the test that he ultimately formulated, in the above-quoted passage, as that of “actual conflict in operation” or operational conflict (p. 191). An express contradiction is nothing more than a clear, direct or definite conflict in operation, as opposed to an indirect or

[20] Dans ses motifs concordants, ma collègue la juge Côté formule ainsi ce premier volet de l’analyse : l’impossibilité de se conformer aux deux lois en conséquence ou en raison « d’un conflit exprès » (par. 93 et 122). Elle cite à l’appui (par. 102-103) la mention que fait notre Cour de l’expression « conflit explicite » dans l’arrêt *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241, par. 34, et *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961, par. 17, ainsi que l’emploi, par le juge Bastarache, des mots « conflit explicite ou “d’application” » dans *Banque canadienne de l’Ouest* (par. 126) et *Lafarge* (par. 113). Elle insiste pour dire qu’il faut, dans ce premier volet de l’analyse, conclure à l’existence d’un conflit explicite ou d’une contradiction explicite fondés sur le « libellé » des dispositions en cause (par. 105 et 108) et sur le sens « littéral » ou sur l’exigence « littérale » de ces dispositions (par. 97). Elle estime que dans les décisions antérieures dans lesquelles elle a conclu à l’existence d’un conflit d’application, notre Cour a mal qualifié le critère (par. 116-117, elle cite *Lafarge*) ou l’a confondu avec le second volet relatif à l’entrave à la réalisation de l’objet fédéral (par. 115 et 118, elle cite *Husky Oil* et *M & D Farm*).

[21] Avec égards, je suis en désaccord avec ces propositions ainsi qu’avec l’analyse que fait ma collègue des décisions antérieures de notre Cour portant sur le premier volet de l’analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance. Je ne dirais d’aucune de ces décisions qu’il « ne constitue pas un précédent utile » (par. 118) ou que la Cour y a « confondu » les deux volets (par. 114). J’estime plutôt que depuis l’arrêt *Multiple Access*, les décisions de la Cour relatives au conflit d’application sont cohérentes et unificatrices.

[22] Premièrement, l’expression « conflit explicite » employée dans ces décisions provient de l’arrêt *Multiple Access*. Le juge Dickson l’a d’abord employée — à la p. 187, où il examinait des décisions antérieures de la Cour — pour décrire le critère d’analyse qu’il a finalement formulé comme suit dans le passage cité ci-dessus : le « conflit véritable » ou conflit d’application (p. 191). Un conflit explicite n’est rien de plus qu’un conflit d’application clair,

imprecise one. It is not an additional condition for a finding of actual conflict in operation.

[23] Second, I find no indication in the Court's decisions pertaining to this first branch that the assessment of an actual conflict in operation is limited to the actual words or to the literal meaning of the words of the provisions at issue; quite the contrary. In its recent decision in *Marine Services* for instance, in assessing whether there was an actual conflict in operation under the first branch (paras. 71-83), the Court did not limit itself to a mere literal reading of the provisions at issue. Rather, it found that a proper reading of the provisions based on the modern approach to statutory interpretation (paras. 77-79) led to the conclusion that the provincial and federal laws could operate side by side without conflict (para. 76). With respect, my colleague misreads my remarks when she states that I support in this regard a broad interpretation of ambiguous federal statutes under this first branch (paras. 111-13). This is not so. *Marine Services* emphasizes that it is the proper meaning of the provision that remains central to the analysis, not merely its literal sense. As I explain below, the provisions at issue in this case are not ambiguous, and I do not give them a broad interpretation to find their ordinary and undisputed meaning. The harmonious interpretation referred to by my colleague is a rule of constitutional interpretation that applies to both branches of the paramountcy test, not merely the first one: *Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 SCC 53, [2015] 3 S.C.R. 419, at para. 68. It has, however, no bearing on the actual conflict in operation that is, in my view, established here when both laws operate.

[24] Finally, I consider that in *Husky Oil* (para. 87) and *M & D Farm* (para. 40), Gonthier J. and Binnie J. respectively referred to the "actual conflict in operation" concept drawn from *Multiple Access* without confusing the two branches of the paramountcy test. As for the reasons of Binnie and LeBel JJ. in *Lafarge*, issued on the same day as *Western Bank* (in which they also penned the majority reasons), I find

direct ou précis, plutôt qu'un conflit indirect ou imprécis. Il ne s'agit pas d'une condition additionnelle pour conclure à l'existence d'un conflit véritable.

[23] Deuxièmement, je ne trouve rien dans les décisions de la Cour relatives à ce premier volet indiquant que l'examen d'un véritable conflit d'application doit se limiter au libellé ou au sens littéral des termes de la disposition en cause, bien au contraire. Dans l'arrêt récent *Marine Services* par exemple, en examinant s'il existait un véritable conflit d'application selon le premier volet de l'analyse (par. 71-83), la Cour ne s'est pas limitée à une lecture littérale de la disposition en cause. Elle a plutôt estimé que l'interprétation qu'il convient de donner aux dispositions suivant la méthode moderne d'interprétation des lois (par. 77-79) permettait de conclure que les lois provinciale et fédérale pouvaient coexister sans conflit (par. 76). Avec égards, ma collègue interprète mal mes remarques lorsqu'elle dit que je favorise à cet égard une interprétation large de lois fédérales ambiguës selon ce premier volet de l'analyse (par. 111-113). Ce n'est pas le cas. Dans *Marine Services*, la Cour souligne que l'analyse reste centrée sur le sens qu'il convient de donner à la disposition et non simplement sur son sens littéral. Comme je l'explique plus loin, les dispositions en cause ne sont pas ambiguës et je ne les interprète pas largement pour en cerner le sens ordinaire et incontesté. L'interprétation harmonieuse dont fait état ma collègue constitue une règle d'interprétation constitutionnelle qui s'applique aux deux volets de l'analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance et non au premier volet seulement : *Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 CSC 53, [2015] 3 R.C.S. 419, par. 68. Cette règle d'interprétation n'a cependant aucune incidence sur le conflit véritable dont l'existence est, à mon avis, établie en l'espèce lorsque les deux lois s'appliquent.

[24] Enfin, j'estime que dans *Husky Oil* (par. 87) et *M & D Farm* (par. 40), les juges Gonthier et Binnie respectivement ont fait état de la notion de « conflit véritable » tirée de l'arrêt *Multiple Access* sans confondre les deux volets de l'analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance. Quant aux motifs des juges LeBel et Binnie dans *Lafarge*, rendu le même jour que l'arrêt *Banque canadienne*

it hard to suggest that they misstated the test or conflated its two branches, which they in fact analyzed separately (the first at paras. 81-82 and the second at paras. 83-85). On operational conflict, their reference to an “impossibility of . . . simultaneous application” (*Lafarge*, at para. 77) echoed the similar comments made in *Western Bank* to the effect that the test amounts to assessing whether “the [two] laws can apply concurrently” (*Western Bank*, at para. 72): see also, on the concept of possible concurrent “application” of both laws, *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, 2005 SCC 13, [2005] 1 S.C.R. 188, at para. 23.

[25] If there is no conflict under the first branch of the test, one may still be found under the second branch. In *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121, the Court formulated what is now considered to be the second branch of the test. It framed the question as being “whether operation of the provincial Act is compatible with the federal legislative purpose” (p. 155). In other words, the effect of the provincial law may frustrate the purpose of the federal law, even though it does “not entail a direct violation of the federal law’s provisions”: *Western Bank*, at para. 73.

[26] That said, the case law assists in identifying typical situations where overlapping legislation will not lead to a conflict. For instance, duplicative federal and provincial provisions will generally not conflict: *Bank of Montreal v. Marcotte*, 2014 SCC 55, [2014] 2 S.C.R. 725, at para. 80; *Western Bank*, at para. 72; *Multiple Access*, at p. 190; *Hall*, at p. 151. Nor will a conflict arise where a provincial law is more restrictive than a federal law: *Lemare Lake*, at para. 25; *Marine Services*, at paras. 76 and 84; *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536 (“COPA”), at paras. 67 and 74; *Western Bank*, at para. 103; *Rothmans*, at paras. 18 ff.; *Spraytech*, at para. 35; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 964. The application of a more

de l’Ouest (dont ils ont aussi rédigé les motifs des juges majoritaires), j’estime que l’on peut difficilement laisser entendre qu’ils ont mal formulé l’analyse ou qu’ils ont confondu ses deux volets, qu’ils ont du reste analysés séparément (le premier aux par. 81-82 et le second aux par. 83-85). Au sujet du conflit d’application, la mention qu’ils font d’une « impossibilité qu’elles [les lois fédérale et provinciale] s’appliquent simultanément » (*Lafarge*, par. 77) reprenait des observations semblables faites dans *Banque canadienne de l’Ouest* suivant lesquelles l’analyse revient à examiner si « les [deux] législations peuvent agir concurremment » (*Banque canadienne de l’Ouest*, par. 72) : voir également, au sujet de la notion de possibilité d’« application » concurrente des deux textes législatifs, *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188, par. 23.

[25] S’il n’y a aucun conflit selon le premier volet de l’analyse, il peut encore en exister un selon le second volet. Dans l’arrêt *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121, la Cour a formulé ce qui est maintenant considéré comme le second volet de l’analyse. Elle a énoncé la question comme étant celle de savoir « si l’application de la loi provinciale est compatible avec l’objet de la loi fédérale » (p. 155). Autrement dit, l’effet de la loi provinciale peut empêcher la réalisation de l’objet de la loi fédérale, « sans toutefois entraîner une violation directe de ses dispositions » : *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 73.

[26] Cela dit, la jurisprudence peut aider à reconnaître les situations typiques où un chevauchement de lois n’entraîne pas de conflit. Par exemple, les dispositions fédérales et provinciales qui se répètent n’entrent généralement pas en conflit : *Banque de Montréal c. Marcotte*, 2014 CSC 55, [2014] 2 R.C.S. 725, par. 80; *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 72; *Multiple Access*, p. 190; *Hall*, p. 151. Il n’y a pas de conflit non plus lorsqu’une loi provinciale est plus restrictive que la loi fédérale : *Lemare Lake*, par. 25; *Marine Services*, par. 76 et 84; *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536 (« COPA »), par. 67 et 74; *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 103; *Rothmans*, par. 18 et suiv.; *Spraytech*, par. 35; *Irwin Toy Ltd. c. Québec*

restrictive provincial law may, however, frustrate the federal purpose if the federal law, instead of being merely permissive, provides for a positive entitlement: *Quebec (Attorney General) v. Canada (Human Resources and Social Development)*, 2011 SCC 60, [2011] 3 S.C.R. 635, at paras. 32-33 and 36; *Lafarge*, at paras. 84-85; *Mangat*, at para. 72; *Hall*, at p. 153. As will become evident from the discussion below, this appeal involves two laws that directly contradict each other, rather than a provincial law which does not fully contradict the federal one, but is only more restrictive than it: see *M & D Farm*; *Clarke v. Clarke*, [1990] 2 S.C.R. 795.

[27] Be it under the first or the second branch, the burden of proof rests on the party alleging the conflict. Discharging that burden is not an easy task, and the standard is always high. In keeping with cooperative federalism, the doctrine of paramountcy is applied with restraint. It is presumed that Parliament intends its laws to co-exist with provincial laws. Absent a genuine inconsistency, courts will favour an interpretation of the federal legislation that allows the concurrent operation of both laws: *Western Bank*, at paras. 74-75, citing *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307 (“*Law Society of B.C.*”), at p. 356; see also *Rothmans*, at para. 21; *O’Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804, at pp. 811 and 820. Conflict must be defined narrowly, so that each level of government may act as freely as possible within its respective sphere of authority: *Husky Oil*, at para. 162, per Iacobucci J. (dissenting, but not on this particular point), referring to *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers’ Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785, at pp. 807-8, per Wilson J.

[28] This is not to say, however, that courts must refrain from applying the doctrine where the two laws are genuinely inconsistent. In the assessment of such inconsistency for the purposes of paramountcy, a provincial intention to interfere with the federal jurisdiction is neither necessary nor sufficient. In fact, an intention to intrude may call into question the independent validity of the provincial

(*Procureur général*), [1989] 1 R.C.S. 927, p. 964. L’application d’une loi provinciale plus restrictive peut toutefois entraver la réalisation de l’objet fédéral si la loi fédérale, plutôt que d’être simplement permissive, confère un droit positif : *Québec (Procureur général) c. Canada (Ressources humaines et Développement social)*, 2011 CSC 60, [2011] 3 R.C.S. 635, par. 32-33 et 36; *Lafarge*, par. 84-85; *Mangat*, par. 72; *Hall*, p. 153. Comme le fera ressortir l’analyse qui suit, le présent pourvoi concerne deux lois directement contradictoires, plutôt qu’une loi provinciale simplement plus restrictive que la loi fédérale et qui ne la contredit pas véritablement : voir *M & D Farm*; *Clarke c. Clarke*, [1990] 2 R.C.S. 795.

[27] Que ce soit selon le premier ou le second volet de l’analyse, le fardeau de la preuve incombe à la personne qui allègue l’existence du conflit. Il n’est pas facile de s’acquitter de ce fardeau, et le seuil requis est toujours élevé. Conformément à la théorie du fédéralisme coopératif, la doctrine de la prépondérance est appliquée avec retenue. On présume que le Parlement a voulu que ses lois coexistent avec les lois provinciales. En l’absence d’une incompatibilité véritable, les tribunaux favorisent une interprétation de la loi fédérale permettant une application concurrente des deux lois : *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 74-75, citant *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307 (« *Law Society of B.C.* »), p. 356; voir également *Rothmans*, par. 21; *O’Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804, p. 811 et 820. Il faut restreindre la définition du terme « conflit » pour que chaque ordre de gouvernement puisse agir le plus librement possible dans sa propre sphère de compétence : *Husky Oil*, par. 162, le juge Iacobucci (dissident, mais non sur ce point précis), se référant à *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers’ Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785, p. 807-808, la juge Wilson.

[28] Cela ne veut pas dire toutefois que les tribunaux doivent s’abstenir d’appliquer la doctrine lorsque les deux lois sont véritablement incompatibles. Dans l’évaluation de cette incompatibilité pour les besoins de la doctrine de la prépondérance, il n’est ni nécessaire ni suffisant que la province ait eu l’intention d’empiéter sur la compétence fédérale. En fait, l’intention d’empiéter peut mettre en

law: *Husky Oil*, at paras. 44-45. The focus of the paramourcy analysis is instead on the effect of the provincial law, rather than its purpose:

... there need not be any provincial intention to intrude into the exclusive federal sphere of bankruptcy ... in order to render the provincial law inapplicable. It is sufficient that the effect of provincial legislation is to do so. [Emphasis added.]

(*Husky Oil*, at para. 39)

Assessing the effect of the provincial law requires looking at the substance of the law, rather than its form. The province cannot do indirectly what it is precluded from doing directly: *Husky Oil*, at para. 39.

[29] In sum, if the operation of the provincial law has the effect of making it impossible to comply with the federal law, or if it is technically possible to comply with both laws, but the operation of the provincial law still has the effect of frustrating Parliament's purpose, there is a conflict. Such a conflict results in the provincial law being inoperative, but only to the extent of the conflict with the federal law: *Western Bank*, at para. 69; *Rothmans*, at para. 11; *Mangat*, at para. 74. In practice, this means that the provincial law remains valid, but will be read down so as to not conflict with the federal law, though only for as long as the conflict exists: *Husky Oil*, at para. 81; E. Colvin, "Constitutional Law — Paramourcy — Duplication and Express Contradiction — Multiple Access Ltd. v. McCutcheon" (1983), 17 *U.B.C. L. Rev.* 347, at p. 348.

[30] I now turn to the application of the doctrine to the facts of this appeal.

B. Application

(1) The Legislative Schemes at Issue

[31] The first step of the analysis is to ensure that the impugned federal and provincial provisions are independently valid. Early in the proceedings, the

doute la validité de la loi provinciale considérée indépendamment de la loi fédérale : *Husky Oil*, par. 44-45. L'analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance doit être axée non pas sur l'objet de la loi provinciale, mais sur son effet :

... pour que la loi provinciale soit inapplicable, il n'est pas nécessaire que la province ait eu l'intention d'empiéter sur la compétence fédérale exclusive en matière de faillite [. . .] Il suffit que la loi provinciale ait cet effet. [Je souligne.]

(*Husky Oil*, par. 39)

La détermination de l'effet de la loi provinciale nécessite un examen du fond de la loi et non de sa forme. La province ne peut faire indirectement ce qu'il lui est interdit de faire directement : *Husky Oil*, par. 39.

[29] En somme, si l'application de la loi provinciale a pour effet de rendre impossible le respect de la loi fédérale, ou s'il est techniquement possible de respecter les deux lois, mais que l'application de la loi provinciale a quand même pour effet d'entraver la réalisation de l'objectif du Parlement, il y a conflit. Un tel conflit rend inopérante la loi provinciale, mais seulement dans la mesure du conflit avec la loi fédérale : *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 69; *Rothmans*, par. 11; *Mangat*, par. 74. En pratique, cela signifie que la loi provinciale demeure valide, mais recevra une interprétation atténuée de manière à ne pas entrer en conflit avec la loi fédérale, quoique seulement tant que le conflit existera : *Husky Oil*, par. 81; E. Colvin, « Constitutional Law — Paramourcy — Duplication and Express Contradiction — Multiple Access Ltd. v. McCutcheon » (1983), 17 *U.B.C. L. Rev.* 347, p. 348.

[30] Je passe maintenant à l'application de la doctrine aux faits du présent pourvoi.

B. Application

(1) Les régimes législatifs en cause

[31] La première étape de l'analyse consiste à s'assurer que les dispositions législatives fédérales et provinciales contestées sont valides indépendamment

parties recognized the validity of the relevant provisions of the *BIA* and the *TSA*. Before this Court, they again conceded the validity of both laws. The only question is whether their concurrent operation results in a conflict. This requires analyzing the legislative schemes at issue at the outset so as to reach a proper understanding of the provisions that are allegedly in conflict.

(a) *The Bankruptcy and Insolvency Act*

[32] Parliament enacted the *BIA* pursuant to its jurisdiction over matters of bankruptcy and insolvency under s. 91(21) of the *Constitution Act, 1867*. The *BIA*, notably through the specific provisions discussed below, furthers two purposes: the equitable distribution of the bankrupt's assets among his or her creditors and the bankrupt's financial rehabilitation (*Husky Oil*, at para. 7).

[33] The first purpose of bankruptcy, the equitable distribution of assets, is achieved through a single proceeding model. Under this model, creditors of the bankrupt wishing to enforce a claim provable in bankruptcy must participate in one collective proceeding. This ensures that the assets of the bankrupt are distributed fairly amongst the creditors. As a general rule, all creditors rank equally and share rateably in the bankrupt's assets: s. 141 of the *BIA*; *Husky Oil*, at para. 9. In *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, at para. 22, the majority of the Court, per Deschamps J., explained the underlying rationale for this model:

The single proceeding model avoids the inefficiency and chaos that would attend insolvency if each creditor initiated proceedings to recover its debt. Grouping all possible actions against the debtor into a single proceeding controlled in a single forum facilitates negotiation with creditors because it places them all on an equal footing, rather than exposing them to the risk that a more aggressive creditor will realize its claims against the debtor's limited assets while the other creditors attempt a compromise.

Avoiding inefficiencies and chaos, and favouring an orderly collective process, maximizes global

l'une de l'autre. Dès le début des procédures, les parties ont reconnu la validité des dispositions pertinentes de la *LFI* et de la *TSA*. Elles ont de nouveau admis la validité de ces deux lois devant la Cour. La seule question en litige est de savoir si leur application concurrente crée un conflit. Pour bien comprendre les dispositions qui entreraient en conflit, il faut tout d'abord analyser les régimes législatifs en cause.

a) *La Loi sur la faillite et l'insolvabilité*

[32] Le Parlement a adopté la *LFI* en vertu de la compétence en matière de faillite et d'insolvabilité que lui confère le par. 91(21) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La *LFI*, notamment par le jeu des dispositions analysées ci-après, vise deux objectifs : le partage équitable des biens du failli entre ses créanciers et la réhabilitation financière du failli (*Husky Oil*, par. 7).

[33] Le modèle de la procédure unique permet de réaliser le premier objectif de la faillite, soit le partage équitable des biens du failli. Selon ce modèle, les créanciers du failli qui souhaitent faire valoir une réclamation prouvable en matière de faillite doivent participer à une seule procédure collective, ce qui permet de garantir le partage équitable des biens du failli entre ses créanciers. En règle générale, tous les créanciers sont sur un pied d'égalité, les biens du failli étant partagés au prorata entre eux : art. 141 de la *LFI*; *Husky Oil*, par. 9. Dans *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, par. 22, la juge Deschamps, au nom des juges majoritaires de la Cour, explique la raison d'être de ce modèle :

Le modèle de la procédure unique vise à faire échec à l'inefficacité et au chaos qui résulteraient de l'insolvabilité si chaque créancier engageait sa propre procédure dans le but de recouvrer sa créance. La réunion — en une seule instance relevant d'un même tribunal — de toutes les actions possibles contre le débiteur a pour effet de faciliter la négociation avec les créanciers en les mettant tous sur le même pied. Cela évite le risque de voir un créancier plus combatif obtenir le paiement de ses créances sur l'actif limité du débiteur pendant que les autres créanciers tentent d'arriver à une transaction.

Faire échec à l'inefficacité et au chaos, et favoriser un processus collectif ordonné, permet de maximiser le

recovery for all creditors: *Husky Oil*, at para. 7; R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2009), at p. 3.

[34] For this model to be viable, creditors must not be allowed to enforce their provable claims individually, that is, outside the collective proceeding. Section 69.3 of the *BIA* thus provides for an automatic stay of proceedings, which is effective as of the first day of bankruptcy:

69.3 (1) Subject to subsections (1.1) and (2) and sections 69.4 and 69.5, on the bankruptcy of any debtor, no creditor has any remedy against the debtor or the debtor's property, or shall commence or continue any action, execution or other proceedings, for the recovery of a claim provable in bankruptcy.

(See *R. v. Fitzgibbon*, [1990] 1 S.C.R. 1005, at pp. 1015-16.)

[35] Yet there are exceptions to the principle of equitable distribution. Section 136 of the *BIA* provides that some creditors will be paid in priority. These creditors are referred to as "preferred creditors". There are also creditors that are paid only after all ordinary creditors have been satisfied: ss. 137(1), 139 and 140.1 of the *BIA*. Furthermore, the automatic stay of proceedings does not prevent secured creditors from realizing their security interest: s. 69.3(2) of the *BIA*; *Husky Oil*, at para. 9. A court may also grant leave permitting a creditor to begin separate proceedings and enforce a claim: s. 69.4 of the *BIA*. These exceptions reflect the policy choices made by Parliament in furthering this purpose of bankruptcy.

[36] The second purpose of the *BIA*, the financial rehabilitation of the debtor, is achieved through the discharge of the debtor's outstanding debts at the end of the bankruptcy: *Husky Oil*, at para. 7. Section 178(2) of the *BIA* provides:

(2) Subject to subsection (1), an order of discharge releases the bankrupt from all claims provable in bankruptcy.

recouvrement global pour tous les créanciers : *Husky Oil*, par. 7; R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2009), p. 3.

[34] Pour assurer la viabilité de ce modèle, les créanciers ne doivent pas être autorisés à faire valoir leurs réclamations prouvables individuellement, c'est-à-dire hors du cadre de la procédure collective. L'article 69.3 de la *LFI* prévoit donc la suspension automatique des procédures engagées contre le failli, laquelle prend effet le premier jour de la faillite :

69.3 (1) Sous réserve des paragraphes (1.1) et (2) et des articles 69.4 et 69.5, à compter de la faillite du débiteur, ses créanciers n'ont aucun recours contre lui ou contre ses biens et ils ne peuvent intenter ou continuer aucune action, mesure d'exécution ou autre procédure en vue du recouvrement de réclamations prouvables en matière de faillite.

(Voir *R. c. Fitzgibbon*, [1990] 1 R.C.S. 1005, p. 1015-1016.)

[35] Il existe toutefois des exceptions au principe du partage équitable. Suivant l'art. 136 de la *LFI*, certains créanciers, les « créanciers privilégiés », sont payés en priorité. Il y a aussi des créanciers qui ne sont payés qu'après désintéressement de tous les créanciers ordinaires : par. 137(1), art. 139 et 140.1 de la *LFI*. De plus, la suspension automatique des procédures n'empêche pas les créanciers garantis de réaliser leur garantie : par. 69.3(2) de la *LFI*; *Husky Oil*, par. 9. Un tribunal peut également autoriser un créancier à introduire une procédure distincte et à contraindre le failli à payer une réclamation : art. 69.4 de la *LFI*. Ces exceptions reflètent les choix de politique générale effectués par le législateur pour permettre la réalisation de cet objectif de la faillite.

[36] Le fait que le débiteur soit libéré de ses dettes à la fin de la faillite permet de réaliser le deuxième objectif de la *LFI*, la réhabilitation financière du débiteur : *Husky Oil*, par. 7. Le paragraphe 178(2) de la *LFI* est rédigé en ces termes :

(2) Une ordonnance de libération libère le failli de toutes autres réclamations prouvables en matière de faillite.

From the perspective of the creditors, the discharge means they are unable to enforce their provable claims: *Schreyer v. Schreyer*, 2011 SCC 35, [2011] 2 S.C.R. 605, at para. 21. This, in effect, gives the insolvent person a “fresh start”, in that he or she is “freed from the burdens of pre-existing indebtedness”: Wood, at p. 273; see also *Industrial Acceptance Corp. v. Lalonde*, [1952] 2 S.C.R. 109, at p. 120. This fresh start is not only designed for the well-being of the bankrupt debtor and his or her family; rehabilitation helps the discharged bankrupt to reintegrate into economic life so he or she can become a productive member of society: Wood, at pp. 274-75; L. W. Houlden, G. B. Morawetz and J. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (4th ed. rev. (loose-leaf)), at p. 6-283. In many cases of consumer bankruptcy, the debtor has very few or no assets to distribute to his or her creditors. In those cases, rehabilitation becomes the primary objective of bankruptcy: Wood, at p. 37.

[37] Although it is an important purpose of the *BIA*, financial rehabilitation also has its limits. Section 178(1) of the *BIA* lists debts that are not released by discharge and that survive bankruptcy. Furthermore, s. 172 provides that an order of discharge may be denied, suspended, or granted subject to conditions. These provisions demonstrate Parliament’s attempt to balance financial rehabilitation with other policy objectives, such as confidence in the credit system, that require certain debts to survive bankruptcy: Wood, at pp. 273 and 289.

[38] Discharge is the main rehabilitative tool contained in the *BIA*, but it is not the only one. As Professor Wood, at p. 273, observes:

The bankruptcy discharge is one of the primary mechanisms through which bankruptcy law attempts to provide for the economic rehabilitation of the debtor. However, it is not the only means by which bankruptcy law seeks to meet this objective. The exclusion of exempt property from distribution to creditors, the surplus income provisions, and

Du point de vue des créanciers, l’ordonnance de libération a pour effet de les empêcher de contraindre le failli à payer leurs réclamations prouvables : *Schreyer c. Schreyer*, 2011 CSC 35, [2011] 2 R.C.S. 605, par. 21. Cela permet en effet à la personne insolvable de [TRADUCTION] « repartir à neuf » car elle est « libérée du fardeau de ses dettes antérieures » : Wood, p. 273; voir aussi *Industrial Acceptance Corp. c. Lalonde*, [1952] 2 R.C.S. 109, p. 120. Ce nouveau départ ne vise pas seulement à assurer le bien-être du débiteur failli et celui de sa famille; la réhabilitation aide le failli libéré à réintégrer sa place dans la vie économique et à devenir un membre productif de la société : Wood, p. 274-275; L. W. Houlden, G. B. Morawetz et J. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (4^e éd. rév. (feuilles mobiles)), p. 6-283. Dans de nombreux cas de faillite de consommateur, le débiteur a très peu de biens, voire aucun, à distribuer à ses créanciers. La réhabilitation devient alors l’objectif primordial de la faillite : Wood, p. 37.

[37] Bien qu’elle constitue un objectif important de la *LFI*, la réhabilitation financière a également ses limites. Le paragraphe 178(1) de la *LFI* énumère les dettes dont le failli n’est pas libéré par l’ordonnance de libération et qui subsistent après la faillite. De plus, l’art. 172 prévoit qu’une ordonnance de libération peut être refusée, suspendue ou accordée sous réserve de certaines conditions. Ces dispositions montrent que le législateur a essayé de concilier l’objectif de réhabilitation financière avec d’autres objectifs de politique générale, comme la confiance dans le système de crédit, qui exigent que certaines dettes subsistent après la faillite : Wood, p. 273 et 289.

[38] La libération constitue le principal outil de réhabilitation qu’établit la *LFI*, mais ce n’est pas le seul. Comme le fait remarquer le professeur Wood à la p. 273 :

[TRADUCTION] La libération est l’un des principaux mécanismes mis en place par le droit de la faillite pour favoriser la réhabilitation financière du débiteur. Cependant, ce n’est pas le seul moyen utilisé pour atteindre cet objectif. L’exclusion de certains biens du patrimoine attribué aux créanciers, les dispositions relatives au revenu

mandatory credit counselling also are directed towards this goal.

[39] Another means of rehabilitation is the automatic stay of proceedings contained in s. 69.3 of the *BIA*. The stay not only ensures that creditors are redirected into the collective proceeding described above, it also ensures that creditors are precluded from seizing property that is exempt from distribution to creditors. This is an important part of the bankrupt's financial rehabilitation:

The rehabilitation of the bankrupt is not the result only of his discharge. It begins when he is put into bankruptcy with measures designed to give him the minimum needed for subsistence.

(*Vachon v. Canada Employment and Immigration Commission*, [1985] 2 S.C.R. 417, at p. 430)

[40] In many aspects, the *BIA* is a complete code governing bankruptcy. It sets out which claims are treated as provable claims and which assets are distributed to creditors, and how. It then sets out which claims are released on discharge and which claims survive bankruptcy. That said, the fact remains that the operation of the *BIA* depends upon the survival of various provincial rights: *Husky Oil*, at para. 85; *Hall*, at p. 155. In this regard, s. 72(1) of the *BIA* provides:

72. (1) The provisions of this Act shall not be deemed to abrogate or supersede the substantive provisions of any other law or statute relating to property and civil rights that are not in conflict with this Act, and the trustee is entitled to avail himself of all rights and remedies provided by that law or statute as supplementary to and in addition to the rights and remedies provided by this Act.

On the one hand, given the procedural nature of the *BIA*, the bankruptcy regime relies heavily on the continued existence of provincial substantive rights, and thus the continued operation of provincial laws: Wood, at pp. 7-8; *Husky Oil*, at para. 30. The ownership of certain assets and the existence

excédentaire et les services de consultation obligatoire en matière de crédit visent également cet objectif.

[39] La suspension automatique des procédures prévue à l'art. 69.3 de la *LFI* constitue un autre moyen de réhabilitation. Non seulement elle fait en sorte que les créanciers soient réorientés vers la procédure collective décrite précédemment, mais elle les empêche aussi de saisir certains biens exclus du patrimoine attribué aux créanciers. Il s'agit là d'un aspect important de la réhabilitation financière du failli :

La réhabilitation du failli ne résulte pas seulement de sa libération. Elle commence dès la mise en faillite par des mesures destinées à ménager au failli un minimum vital.

(*Vachon c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 417, p. 430)

[40] La *LFI* constitue à maints égards un code complet en matière de faillite. Elle précise les réclamations qui sont considérées comme des réclamations prouvables et les biens qui sont distribués aux créanciers, et la façon dont ils le sont. Elle énonce ensuite les réclamations dont le failli est libéré par une ordonnance de libération et les réclamations qui subsistent après la faillite. Ceci dit, il reste que l'application de la *LFI* dépend de la subsistance de divers droits provinciaux : *Husky Oil*, par. 85; *Hall*, p. 155. À cet égard, le par. 72(1) de la *LFI* prévoit ce qui suit :

72. (1) La présente loi n'a pas pour effet d'abroger ou de remplacer les dispositions de droit substantif d'une autre loi ou règle de droit concernant la propriété et les droits civils, non incompatibles avec la présente loi, et le syndic est autorisé à se prévaloir de tous les droits et recours prévus par cette autre loi ou règle de droit, qui sont supplémentaires et additionnels aux droits et recours prévus par la présente loi.

D'une part, vu la nature procédurale de la *LFI*, le régime applicable en matière de faillite repose largement sur le maintien de l'existence de droits substantiels provinciaux, et partant, sur le maintien en vigueur de lois provinciales : Wood, p. 7-8; *Husky Oil*, par. 30. La propriété de certains biens

of particular liabilities depend upon provincial law: P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 25-8. On the other hand, the *BIA* cannot operate without affecting property and civil rights. Section 72(1) confirms this by stating that, where there is a genuine inconsistency between provincial laws regarding property and civil rights and federal bankruptcy legislation, the *BIA* prevails: see *GMAC Commercial Credit Corp. — Canada v. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 SCC 35, [2006] 2 S.C.R. 123, at para. 47.

[41] In the context of this appeal, we are specifically concerned with an alleged conflict between, on the one hand, one provision of the *BIA*, namely s. 178, the purpose of which is to ensure the financial rehabilitation of the debtor, and, on the other hand, one provision (s. 102) of the provincial scheme, to which I will now turn.

(b) *The Alberta Traffic Safety Act*

[42] The *TSA* is the provincial scheme with which the *BIA* is alleged to conflict. Pursuant to s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, provincial legislatures have the power to legislate with regard to property and civil rights. The Court has long recognized that this power includes traffic regulation and the authority to set conditions for driver's licences and vehicle permits: *Ross v. Registrar of Motor Vehicles*, [1975] 1 S.C.R. 5, at pp. 13-14; *O'Grady*, at p. 810; *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] S.C.R. 396, at pp. 402 and 415; see also *Thomson v. Alberta (Transportation and Safety Board)*, 2003 ABCA 256, 232 D.L.R. (4th) 237, at para. 25. The *TSA* is a comprehensive legislative scheme for traffic regulation, "covering virtually all aspects of the regulation of highways and motor vehicles in Alberta", with the aim of ensuring road safety: *Thomson*, at para. 5; Alberta Legislative Assembly, *Alberta Hansard*, 3rd Sess., 24th Leg., April 12, 1999, at p. 927.

[43] Under s. 54(1) of the *TSA*, no one is allowed to drive or have a motor vehicle on a public road

et l'existence de dettes particulières relèvent du droit provincial : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), p. 25-8. D'autre part, la *LFI* ne peut toutefois s'appliquer sans avoir d'incidence sur la propriété et les droits civils. Le paragraphe 72(1) le confirme en précisant qu'en cas d'incompatibilité véritable entre les lois provinciales concernant la propriété et les droits civils et la législation fédérale en matière de faillite, la *LFI* prévaut : voir *Société de crédit commercial GMAC — Canada c. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 CSC 35, [2006] 2 R.C.S. 123, par. 47.

[41] Dans le cadre du présent pourvoi, nous nous intéressons particulièrement à un conflit allégué entre, d'une part, une disposition de la *LFI*, à savoir l'art. 178, dont l'objet est d'assurer la réhabilitation financière du débiteur, et d'autre part, une disposition (l'art. 102) du régime provincial, que j'examine maintenant.

b) *La Traffic Safety Act de l'Alberta*

[42] La *TSA* constitue le régime provincial avec lequel la *LFI* entrerait en conflit. Selon le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les assemblées législatives provinciales ont le pouvoir de légiférer en matière de propriété et de droits civils. La Cour reconnaît depuis longtemps que ce pouvoir comprend notamment celui de réglementer la circulation et de fixer les conditions applicables aux permis de conduire et aux certificats d'immatriculation : *Ross c. Registraire des véhicules automobiles*, [1975] 1 R.C.S. 5, p. 13-14; *O'Grady*, p. 810; *Provincial Secretary of Prince Edward Island c. Egan*, [1941] R.C.S. 396, p. 402 et 415; voir aussi *Thomson c. Alberta (Transportation and Safety Board)*, 2003 ABCA 256, 232 D.L.R. (4th) 237, par. 25. La *TSA* est un régime législatif complet en matière de réglementation de la circulation, [TRADUCTION] « qui s'applique à presque tous les aspects de la réglementation de la circulation routière et des véhicules automobiles en Alberta », et dont le but consiste à assurer la sécurité routière : *Thomson*, par. 5; Assemblée législative de l'Alberta, *Alberta Hansard*, 3^e sess., 24^e lég., 12 avril 1999, p. 927.

[43] Suivant le par. 54(1) de la *TSA*, nul ne peut conduire ou avoir en sa possession un véhicule

unless the vehicle is insured. Under s. 54(4), a person who contravenes s. 54(1) is liable to a fine or imprisonment. The Registrar of Motor Vehicle Services may also disqualify a person from driving and cancel his or her vehicle registration until that person shows proof of insurance: s. 54(5) and (7).

[44] In the event that an uninsured driver causes an accident, Alberta has implemented a compensation program governed by the *MVACA*. A victim injured in the accident may sue the uninsured driver for damages. If the victim is successful but the uninsured driver does not pay, the victim may then apply to the Administrator under the *MVACA* for compensation in the amount of the unsatisfied judgment: s. 5(1). If authorized, the payment is drawn from the General Revenue Fund of the province: s. 5(2). The judgment is then assigned to the Administrator, who can take steps to enforce it against the judgment debtor. The Administrator is thus deemed to be the judgment creditor: s. 5(7).

[45] Section 102 of the *TSA*, the provision at issue in this appeal, complements the *MVACA* program. It allows the Registrar to suspend the debtor's driver's licence and vehicle permits until the judgment debt is paid, up to a maximum amount of \$200,000:

102(1) If

- (a) a judgment for damages arising out of a motor vehicle accident is rendered against a person by a court in Alberta or in any other province or territory in Canada, and
- (b) that person fails, within 15 days from the day on which the judgment becomes final, to satisfy the judgment,

the Registrar, subject to sections 103 and 104 and the regulations, may do one or both of the following:

automobile sur une voie publique, à moins que ce véhicule ne soit assuré. Le paragraphe 54(4) prévoit que quiconque contrevient au par. 54(1) est passible d'une amende ou d'une peine d'emprisonnement. Le registraire des véhicules automobiles peut également interdire à une personne de conduire et annuler l'immatriculation de son véhicule jusqu'à ce qu'elle fournisse une preuve d'assurance : par. 54(5) et (7).

[44] Dans le cas où un conducteur non assuré cause un accident, l'Alberta a mis en place un programme d'indemnisation régi par la *MVACA*. Une personne blessée lors de l'accident peut poursuivre le conducteur non assuré en dommages-intérêts. Si elle a gain de cause mais le conducteur non assuré ne paie pas, la victime peut ensuite demander à l'administrateur en vertu de la *MVACA* une indemnité correspondant au montant du jugement impayé : par. 5(1). S'il est autorisé, le paiement est prélevé sur le Trésor de la province : par. 5(2). L'administrateur est alors subrogé dans les droits de la victime et peut prendre des mesures pour exécuter le jugement contre le débiteur judiciaire. L'administrateur est ainsi réputé être le créancier judiciaire : par. 5(7).

[45] L'article 102 de la *TSA*, la disposition en cause dans le présent pourvoi, complète le programme régi par la *MVACA*. Il permet au registraire de suspendre le permis de conduire et les certificats d'immatriculation du débiteur jusqu'à ce que la dette constatée par jugement soit payée — jusqu'à concurrence de 200 000 \$:

[TRADUCTION]

102(1) Si

- (a) un jugement condamnant à des dommages-intérêts découlant d'un accident d'automobile est rendu contre une personne par un tribunal de l'Alberta ou d'une autre province ou d'un territoire du Canada, et
- (b) cette personne ne satisfait pas au jugement dans les 15 jours qui suivent la date à laquelle il devient définitif,

Le registraire peut, sous réserve des articles 103 et 104 et des règlements, prendre les mesures suivantes ou l'une d'elles :

- (c) disqualify the person from driving a motor vehicle in Alberta;
- (d) suspend the registration of any motor vehicle registered in that person's name.

(2) When, under subsection (1), a person is disqualified from driving a motor vehicle in Alberta or the certificate of registration of that person's motor vehicle is suspended,

- (a) the disqualification or the suspension, as the case may be, remains in effect and shall not be removed, and
- (b) no motor vehicle shall be registered in that person's name,

until the judgment is satisfied or discharged, otherwise than by a discharge in bankruptcy, to the extent of

- (f) at least \$200 000, exclusive of interest and costs, if the judgment arises out of a motor vehicle accident occurring on or after January 1, 1986.

[46] Section 103 is also a relevant part of this scheme. It allows the judgment debtor to apply for the "privilege" of paying the outstanding judgment debt in instalments. The debtor may recover his or her driving privileges as long as the payments are being made:

103(1) A judgment debtor to whom this Part applies may on notice to the judgment creditor apply to the court in which the trial judgment was obtained for the privilege of paying the judgment in instalments, and the court may, in its discretion, so order, fixing the amounts and times of payment of the instalments.

(2) If the Minister responsible for the administration of the *Motor Vehicle Accident Claims Act* has made a payment with respect to a judgment pursuant to the *Motor Vehicle Accident Claims Act*, the judgment debtor

- (a) may apply to the Minister responsible for the administration of the *Motor Vehicle Accident Claims*

- (c) interdire à une personne de conduire un véhicule automobile en Alberta;
- (d) suspendre l'immatriculation de tout véhicule automobile immatriculé au nom de cette personne.

(2) Lorsqu'une personne se voit interdire de conduire un véhicule automobile en Alberta, ou que le certificat d'immatriculation de son véhicule automobile est suspendu, en application du paragraphe (1),

- (a) l'interdiction ou la suspension, selon le cas, demeure en vigueur et ne peut être levée, et
- (b) aucun véhicule automobile ne peut être enregistré à son nom

tant qu'elle n'a pas satisfait au jugement et qu'elle ne s'est pas libérée de l'obligation, autrement que par une libération de faillite, jusqu'à concurrence

- (f) d'au moins 200 000 \$, à l'exclusion des intérêts et des dépens, si le jugement concerne un accident d'automobile survenu le 1^{er} janvier 1986 ou après cette date.

[46] L'article 103 constitue un autre élément pertinent de ce régime. Il permet au débiteur judiciaire de demander qu'on lui [TRADUCTION] « permette » de payer sa dette par versements échelonnés. Le débiteur peut recouvrer ses droits de conducteur et les conserve aussi longtemps que ses paiements sont faits :

[TRADUCTION]

103(1) Un débiteur judiciaire visé par la présente partie peut, après avis donné au créancier judiciaire, demander au tribunal qui a rendu le jugement en première instance de lui permettre de payer sa dette par versements échelonnés, et le tribunal peut, à sa discrétion, rendre une ordonnance à cet effet en fixant les montants et délais de ces versements.

(2) Si le ministre chargé de l'application de la *Motor Vehicle Accident Claims Act* a effectué un paiement à l'égard d'un jugement fondé sur cette loi, le débiteur judiciaire peut :

- (a) soit demander au ministre de lui permettre de payer sa dette par versements échelonnés, auquel

Act for the privilege of paying the judgment in instalments, in which case that Minister may cause an agreement to be entered into with the debtor for payment by instalments, or

- (b) may apply to the court pursuant to subsection (1) for the privilege of paying the judgment to the Minister responsible for the administration of the *Motor Vehicle Accident Claims Act* in instalments, in which case the debtor must give notice of the application to the Administrator of the *Motor Vehicle Accident Claims Act*, who may appear personally or by counsel and be heard on the application.

(3) Except in a case to which subsection (2) applies, a judgment debtor and the judgment creditor may enter into an agreement for the payment of the judgment in instalments.

(4) While the judgment debtor is not in default in payment of the instalments, the judgment debtor is deemed not to be in default for the purposes of this Part in payment of the judgment, and the Minister in the Minister's absolute discretion may restore the operator's licence and the certificate of registration of the judgment debtor.

(5) Notwithstanding subsection (4), if the Minister is satisfied that the judgment debtor has defaulted with respect to complying with the terms of the court order or of the agreement, the judgment debtor's operator's licence and registration shall again be suspended and remain suspended as provided in section 102.

It is worth mentioning that, in theory, ss. 102 and 103 of the *TSA* do not operate solely in favour of the province. They could also operate in favour of a third party. For instance, the Registrar could suspend the driver's privileges solely for the benefit of a victim of an accident who holds an unsatisfied judgment.

[47] The purpose and effect of s. 102 are obvious when it is read in its context: it is meant to deprive the judgment debtor of driving privileges until the judgment arising from a motor vehicle accident is paid in full, or periodic payments in satisfaction of the judgment are being made under s. 103. It is, in substance, a debt collection mechanism. Since the parties conceded that the judgment debt in this appeal is a claim provable in bankruptcy, I would add that the purpose and effect of s. 102, in the context

cas celui-ci peut décider qu'un accord en ce sens sera conclu avec le débiteur;

- (b) soit demander au tribunal, conformément au paragraphe (1), de lui permettre de payer sa dette au ministre par versements échelonnés, auquel cas le débiteur donne avis de sa demande à l'administrateur de la *Motor Vehicle Accident Claims Act*, lequel peut comparaître en personne ou par l'entremise d'un avocat et être entendu relativement à la demande.

(3) Sauf dans le cas visé au paragraphe (2), un débiteur judiciaire peut conclure avec le créancier judiciaire un accord lui permettant de payer sa dette par versements échelonnés.

(4) Tant qu'il effectue ces versements en temps voulu, le débiteur judiciaire est réputé ne pas être en défaut de paiement pour l'application de la présente partie et le ministre peut, à sa discrétion, rétablir son permis de conduire et son certificat d'immatriculation.

(5) Malgré le paragraphe (4), si le ministre est convaincu que le débiteur judiciaire n'a pas respecté les conditions de l'ordonnance judiciaire ou de l'accord, le permis de conduire et le certificat d'immatriculation du débiteur judiciaire sont de nouveau suspendus et le demeurent aux conditions prévues par l'article 102.

Il convient de signaler qu'en théorie, les art. 102 et 103 de la *TSA* ne jouent pas uniquement en faveur de la province. Ils pourraient jouer également en faveur d'un tiers. À titre d'exemple, le registraire pourrait suspendre les droits d'un conducteur non assuré qui a causé un accident pour le seul bénéfice de la victime de cet accident qui détient un jugement impayé.

[47] L'objet et l'effet de l'art. 102 sont évidents lorsqu'on l'interprète dans son contexte : cette disposition vise à priver le débiteur judiciaire de ses droits de conducteur jusqu'à ce que le montant accordé par le jugement relatif à l'accident d'automobile soit payé en entier, ou que les versements périodiques en satisfaction du jugement soient effectués comme le prévoit l'art. 103. Il s'agit, en substance, d'un mécanisme de recouvrement de créances. Comme les parties ont reconnu que la créance judiciaire en l'espèce

of this appeal, are to suspend a debtor's driving privileges until payment of a provable claim.

[48] Alberta disputes this. It submits that s. 102 is not, in substance, a debt enforcement scheme. It contends that the provision merely imposes an additional monetary condition to obtain the privilege of driving. In the appellant's view, this condition mirrors the amount of the judgment debt because it reflects the actual regulatory cost of the driver's failure to comply with the insurance requirement. Alberta maintains that the "payment obligation is inherently regulatory in nature" and that repayment of the judgment debt "is merely incidental to the satisfaction of the regulatory requirement" (A.F., at para. 31). It insists that the purpose of the provision is to discourage people from driving without insurance.

[49] I disagree. While it is plausible that s. 102 might discourage drivers from driving uninsured, this is neither its main purpose nor its main effect. For one, the deterrent effect of s. 102, if any, is not tied to the failure to maintain proper insurance. The deterrent effect materializes only if the uninsured driver causes an accident. The accident must also cause injury to a third party. In addition, the victim must seek damages and obtain a judgment. Yet this is still not sufficient. The uninsured driver must also be incapable of satisfying the judgment in question or refuse to do so. Clearly, it is the failure to pay the judgment debt that triggers s. 102, not the failure to be insured. Furthermore, failure to comply with the insurance requirement is already subject to a penalty under s. 54 of the *TSA*. In sharp contrast to s. 102, s. 54 imposes a monetary penalty (and, in case of default, imprisonment) for the mere failure to comply with the insurance requirement, without more.

[50] The distinction Alberta attempts to make between a judgment debt and a regulatory charge is

constitue une réclamation prouvable en matière de faillite, j'ajouterais que l'art. 102, dans le contexte du présent pourvoi, a pour objet et pour effet de suspendre les droits de conducteur du débiteur jusqu'au paiement d'une réclamation prouvable.

[48] L'Alberta conteste cette thèse. Elle soutient que l'art. 102 ne constitue pas, en substance, un régime de recouvrement de créances. À son avis, cette disposition impose simplement une condition monétaire additionnelle à l'obtention du droit de conduire. Selon l'appelante, cette condition correspond au montant de la créance judiciaire parce qu'elle reflète la charge réglementaire effective du non-respect par le conducteur de l'exigence en matière d'assurance. L'Alberta fait valoir que [TRADUCTION] « l'obligation de paiement est de nature intrinsèquement réglementaire » et que le remboursement de la créance judiciaire « ne représente qu'un aspect accessoire du respect de l'exigence réglementaire » (m.a., par. 31). Elle insiste sur le fait que la disposition vise à dissuader les gens de conduire sans assurance.

[49] Je ne suis pas d'accord. Bien qu'il soit plausible que l'art. 102 puisse dissuader les gens de conduire lorsqu'ils ne sont pas assurés, il s'agit là ni de son principal objectif ni de son principal effet. Tout d'abord, l'effet dissuasif de l'art. 102, s'il en est, n'est pas rattaché au fait de ne pas posséder une assurance appropriée. Cet effet ne se concrétise que si le conducteur non assuré cause un accident. L'accident doit également causer un préjudice corporel à autrui. En outre, la victime doit réclamer des dommages-intérêts et obtenir un jugement. Et encore, cela n'est pas toujours suffisant. Le conducteur non assuré doit également être incapable de satisfaire au jugement en question ou refuser de le faire. De toute évidence, c'est le fait de ne pas payer la créance judiciaire, et non le fait de ne pas être assuré, qui entraîne l'application de l'art. 102. De plus, l'art. 54 de la *TSA* prévoit déjà une sanction en cas de non-respect de l'exigence en matière d'assurance. Contrastant vivement avec l'art. 102, l'art. 54 impose une amende (et, en cas de défaut, une peine d'emprisonnement) pour le simple non-respect de l'exigence en matière d'assurance, sans plus.

[50] Par ailleurs, la distinction que tente de faire l'Alberta entre une créance judiciaire et une charge

also irrelevant for two reasons. First, s. 102 is clearly aimed at the repayment of a judgment debt. Second, even if it were aimed at recovering the resulting regulatory charge, such a charge would nonetheless be a claim provable in bankruptcy, and as such, it would remain a debt subject to the bankruptcy process.

[51] On the first point, the language of the provision is clear: its objective is the satisfaction of the judgment debt. Section 102 is triggered when the judgment debtor “fails . . . to satisfy the judgment”: s. 102(1). It provides that driving privileges will be suspended “until the judgment is satisfied or discharged”: s. 102(2). Section 103 is also informative; the suspension of driving privileges stops as soon as payments are being made. The suspension resumes, however, when the debtor defaults.

[52] The letters received by the respondent are telling in this regard. On October 27, 2011, the Director, Driver Fitness and Monitoring, wrote this:

This letter will serve as notification that due to your unsatisfied motor vehicle accident claim, your operator’s licence and vehicle registration privileges will be suspended indefinitely

. . . the suspension will remain in effect until the following condition(s) are met:

- satisfy any outstanding Motor Vehicle Accident Claims Fund claim. [Emphasis added; A.R., at p. 48.]

On November 15, 2011, Motor Vehicle Accident Recoveries added this:

. . . I advise that your client, Joseph William Moloney, remains indebted for the judgment debt obtained against him. Section 102(2) of the Traffic Safety Act (copy attached) states that he remains indebted “until the judgment is satisfied or discharged, otherwise than by a discharge in bankruptcy”.

réglementaire n’est pas pertinente pour deux raisons. Premièrement, l’art. 102 vise clairement le remboursement d’une créance judiciaire. Deuxièmement, même s’il visait le recouvrement de la charge réglementaire qui en résulte, une telle charge constituerait néanmoins une réclamation prouvable en matière de faillite et demeurerait, à ce titre, une dette assujettie au processus de faillite.

[51] En ce qui concerne le premier point, le libellé de la disposition est clair : elle vise le paiement de la créance judiciaire. L’article 102 entre en jeu lorsque le débiteur judiciaire [TRADUCTION] « ne satisfait pas au jugement » : par. 102(1). Il prévoit la suspension de ses droits de conducteur « tant qu’[il] n’a pas satisfait au jugement et qu’[il] ne s’est pas libéré de l’obligation » : par. 102(2). L’article 103 est également instructif; la suspension des droits de conducteur cesse dès que des paiements sont effectués. Elle reprend, toutefois, lorsque le débiteur manque à ses obligations.

[52] Les lettres qu’a reçues l’intimé sont révélatrices à cet égard. Le 27 octobre 2011, le directeur du service de la surveillance et de l’aptitude des conducteurs lui a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] Étant donné le non-paiement de votre dette relative à un accident d’automobile, nous vous informons que votre permis de conduire et l’immatriculation de votre véhicule seront suspendus indéfiniment

. . . la suspension restera en vigueur jusqu’à ce que la condition suivante soit respectée :

- acquitter toute réclamation impayée du fonds d’indemnisation des victimes d’accident d’automobile. [Je souligne; d.a., p. 48.]

Le 15 novembre 2011, le service de recouvrement des créances afférentes aux accidents d’automobile a ajouté :

[TRADUCTION] . . . je vous informe que votre client, Joseph William Moloney, reste débiteur de la créance découlant du jugement obtenu contre lui. Le paragraphe 102(2) de la *Traffic Safety Act* (voir la copie jointe) prévoit qu’il demeure débiteur « tant qu’[il] n’a pas satisfait au jugement et qu’[il] ne s’est pas libéré de l’obligation, autrement que par une libération de faillite ».

Accordingly, we would request that your client contact our office to make payment arrangements suitable to his circumstances. Failure to do so will result in the continued suspension of his driving privileges. [Emphasis added; A.R., at p. 49.]

These letters make no mention of the respondent's failure to comply with the insurance requirement, or of the accident for which he is responsible.

[53] In addition, as I mentioned, s. 102 could be used in favour of a third party victim who obtains a judgment but chooses not to seek compensation from the Administrator under the *MVACA*. In such a case, there is no "regulatory cost", since no public funds are being spent. The only effect of s. 102 is to deprive the debtor of driving privileges until he or she pays the judgment creditor.

[54] With respect to the second point, even if we were to accept the distinction advocated by Alberta between the judgment debt and the resulting regulatory charge, it has no practical implication. A regulatory charge remains a debt owed to the province, which s. 102 is meant to collect. Not only is it a debt, but it is, like the underlying judgment debt, a provable claim.

[55] According to s. 121(1) of the *BIA*, a provable claim must meet three criteria: (1) there must be a debt, liability or obligation owed to a creditor, (2) which was incurred before the debtor became bankrupt, and (3) it must be possible to attach a monetary value to the debt, liability or obligation (*Newfoundland and Labrador v. AbitibiBowater Inc.*, 2012 SCC 67, [2012] 3 S.C.R. 443, at para. 26). Even if the judgment debt were characterized as a regulatory charge, it would meet these criteria. The regulatory charge would arise from a payment made to the victim of an accident caused by the respondent. The respondent's liability to the province arose prior to his assignment in bankruptcy, and it is clearly monetary in nature. As a result, the province's claim for the regulatory charge would be provable in bankruptcy and must be treated as part of the bankruptcy process: *AbitibiBowater*, at para. 40; *Vachon*, at p. 426;

En conséquence, nous demandons que votre client communique avec nous pour conclure des arrangements de paiement appropriés à sa situation, à défaut de quoi la suspension de ses droits de conducteur sera maintenue. [Je souligne; d.a., p. 49.]

Ces lettres ne font aucune mention du non-respect par l'intimé de l'exigence en matière d'assurance ou de l'accident dont il est responsable.

[53] En outre, comme je l'ai indiqué, l'art. 102 pourrait s'appliquer dans le cas où une tierce personne victime obtient un jugement mais décide de ne pas demander à l'administrateur de la *MVACA* de l'indemniser. Dans un tel cas, il n'y a aucune « charge réglementaire » parce qu'il n'y a aucune dépense de fonds publics. L'article 102 a pour seul effet de priver le débiteur de ses droits de conducteur jusqu'à ce qu'il paie le créancier judiciaire.

[54] Pour ce qui est du deuxième point, même si on l'accepte, la distinction que préconise l'Alberta entre la créance judiciaire et la charge réglementaire qui en résulte n'a pas de conséquences pratiques. Une charge réglementaire demeure une dette envers la province, dette que l'art. 102 vise à recouvrer. Il s'agit non seulement d'une dette, mais aussi, comme la créance judiciaire sous-jacente, d'une réclamation prouvable.

[55] Suivant le par. 121(1) de la *LFI*, une réclamation prouvable doit satisfaire à trois conditions : (1) il faut une dette, un engagement ou une obligation envers un créancier; (2) la dette, l'engagement ou l'obligation doit avoir pris naissance avant que le débiteur ne devienne failli; (3) il doit être possible d'attribuer une valeur pécuniaire à cette dette, cet engagement ou cette obligation (*Terre-Neuve-et-Labrador c. AbitibiBowater Inc.*, 2012 CSC 67, [2012] 3 R.C.S. 443, par. 26). Même si on la qualifiait de charge réglementaire, la créance judiciaire satisferait à ces trois conditions. La charge réglementaire résulterait d'un paiement fait à la victime d'un accident causé par l'intimé. La dette de l'intimé envers la province a pris naissance avant la cession de biens et elle est clairement de nature pécuniaire. La réclamation de la province relative à la charge réglementaire constituerait donc une réclamation

Ontario (Minister of Finance) v. Clarke, 2013 ONSC 1920, 115 O.R. (3d) 33, at para. 52.

[56] Therefore, whether one considers the province's claim as a judgment debt or as the resulting regulatory charge, it is still provable in bankruptcy. It follows that the effect of s. 102 is to allow a judgment creditor to deprive the debtor of his or her driving privileges until the debt is paid. In the end, the provision thus compels the payment of a provable claim. Driving is unlike other activities. For many, it is necessary to function meaningfully in society. As such, driving often cannot be seen as a genuine "choice": *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, at para. 55. The effect of the provincial scheme undoubtedly amounts to coercion in that regard.

[57] Before leaving this provincial scheme to consider whether the enforcement mechanism conflicts with the *BIA*, I briefly discuss an argument raised solely by the intervener Superintendent of Bankruptcy on the validity of one component of s. 102(2) of the *TSA*. The impugned provision states that the suspension of driving privileges continues "until the judgment is satisfied or discharged, otherwise than by a discharge in bankruptcy". While the parties have conceded the validity of the provision, the Superintendent of Bankruptcy, who is also the appellant in the companion appeal, *407 ETR Concession Co. v. Canada (Superintendent of Bankruptcy)*, 2015 SCC 52, [2015] 3 S.C.R. 397, argued before us that the words "otherwise than by a discharge in bankruptcy" are *ultra vires* the province and, as a result, severable. In his view, this "phrase is invalid since the Province attempts to explicitly render a discharge in bankruptcy ineffective as against a provincial debt that Parliament has not exempted from the effects of bankruptcy" (factum, at para. 11).

prouvable en matière de faillite et elle devrait être traitée dans le cadre du processus de faillite : *AbitibiBowater*, par. 40; *Vachon*, p. 426; *Ontario (Minister of Finance) c. Clarke*, 2013 ONSC 1920, 115 O.R. (3d) 33, par. 52.

[56] En conséquence, que l'on considère la réclamation de la province comme une créance judiciaire ou comme la charge réglementaire qui en résulte, il s'agit néanmoins d'une réclamation prouvable en matière de faillite. L'article 102 a donc pour effet de permettre au créancier judiciaire de priver le débiteur de ses droits de conducteur jusqu'au paiement de la dette. En fin de compte, la disposition exige ainsi que la réclamation prouvable soit payée. La conduite d'un véhicule se distingue d'autres activités. Pour bon nombre de personnes, elle est nécessaire pour fonctionner normalement dans la société. Souvent, le choix de conduire ou non ne peut donc être considéré comme un « choix » véritable : *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, par. 55. L'effet du régime provincial équivaut sans aucun doute à de la coercition à cet égard.

[57] Avant de clore l'examen de ce régime provincial et d'aborder la question de savoir si ce mécanisme de recouvrement de créance entre en conflit avec la *LFI*, je tiens à examiner brièvement un argument que seul le surintendant des faillites a soulevé dans son intervention, au sujet de la validité d'un aspect du par. 102(2) de la *TSA*. La disposition contestée prévoit que les droits de conducteur du débiteur sont suspendus « tant qu'[il] n'a pas satisfait au jugement et qu'[il] ne s'est pas libéré de l'obligation, autrement que par une libération de faillite ». Bien que les parties aient admis la validité de la disposition, le surintendant des faillites, qui est aussi l'appelant au pourvoi connexe *407 ETR Concession Co. c. Canada (Surintendant des faillites)*, 2015 CSC 52, [2015] 3 R.C.S. 397, a plaidé devant nous que les mots [TRADUCTION] « autrement que par une libération de faillite » excèdent les pouvoirs de la province et qu'ils peuvent donc être dissociés de la loi. À son avis, [TRADUCTION] « ces termes sont invalides parce que la province tente expressément de rendre la libération d'un failli inopposable à une créance provinciale que le Parlement n'a pas soustraite aux conséquences de la faillite » (mémoire, par. 11).

[58] As stated previously, neither the parties nor the courts below disputed that s. 102, as a whole, is *intra vires* the province. The dominant purpose and effect of s. 102 are to suspend driving privileges until payment of a judgment debt. This enforcement scheme is part of the provincial regulation of driving privileges in Alberta. There is no doubt that assuring the financial responsibility of drivers and regulating driving privileges fall within the province's jurisdiction regarding property and civil rights under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. Given this and the way the case has been argued and decided, this appeal is, in my view, properly disposed of by applying the doctrine of paramountcy and ascertaining whether a conflict exists between the *BIA* and the *TSA*.

[59] Whether the provincial scheme has the effect of rendering a discharge in bankruptcy “ineffective as against a provincial debt” or negating the operability of a federal law as the Superintendent of Bankruptcy argues (*factum*, at paras. 11-12) is better resolved as a question of paramountcy. I would add that the words “otherwise than by a discharge in bankruptcy” are necessary only because the province lists the discharge in general, in addition to the satisfaction of the debt, as an event ending the suspension of the privilege. Had the legislation defined the satisfaction of the debt as the sole event capable of ending the suspension, the dominant feature of the provision would remain the same, although the issue of conflict with a discharge in bankruptcy would still arise.

(2) The Conflict Between the *BIA* and the *TSA*

(a) *Operational Conflict*

[60] The Court of Appeal concluded that there was no operational conflict, although it used that term throughout its judgment in reference to conflict generally. It explained that the respondent could resist the payment by foregoing his driving privileges and choosing not to drive (para. 10). The reasons of the

[58] J'ai déjà indiqué que ni les parties, ni les tribunaux inférieurs, n'ont contesté que l'art. 102 dans son ensemble relève de la compétence de la province. Cette disposition a pour objectif et pour effet dominants de suspendre les droits de conducteur du débiteur judiciaire jusqu'au paiement de sa dette. Ce mécanisme de recouvrement fait partie de la réglementation provinciale relative aux droits de conduite automobile en Alberta. Il relève manifestement de la compétence de la province en matière de propriété et de droits civils prévue au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* de veiller à la responsabilité financière des conducteurs et de réglementer les droits de conduite. En conséquence, et compte tenu de la façon dont l'affaire a été plaidée et décidée, j'estime que l'application de la doctrine de la prépondérance et la constatation de l'existence d'un conflit entre la *LFI* et la *TSA* permettent de correctement trancher ce pourvoi.

[59] Il est préférable de résoudre sur la foi de la doctrine de la prépondérance la question de savoir si le régime provincial a pour effet de rendre une libération de faillite [TRADUCTION] « inopposable à une créance provinciale » ou de rendre inopérante une loi fédérale, comme l'affirme le surintendant des faillites (*mémoire*, par. 11-12). J'ajouterais que les mots « autrement que par une libération de faillite » ne sont nécessaires que parce que la province prévoit qu'il n'y a pas seulement le paiement de la dette, mais aussi le fait d'être libéré de façon générale de celle-ci, qui met fin à la suspension des droits de conducteur. Si la loi avait prévu que le paiement de la dette constituait le seul événement susceptible de mettre fin à la suspension, la caractéristique dominante de la disposition demeurerait la même, bien que la question du conflit avec la libération de faillite se poserait quand même.

(2) Le conflit entre la *LFI* et la *TSA*

a) *Conflit d'application*

[60] La Cour d'appel a conclu qu'il n'y avait pas de conflit d'application, bien qu'elle ait employé cette expression tout au long du jugement en parlant de conflit en général. Elle a expliqué que l'intimé pouvait refuser de payer en renonçant à ses droits de conducteur et en choisissant de ne pas conduire

Court of Appeal, as well as the submissions of the parties, save for those of the Superintendent of Bankruptcy, relate almost exclusively to the second branch of the applicable test. I believe the Court of Appeal and the parties are mistaken on this point. I therefore respectfully disagree with my colleague Côté J., who holds in her concurring reasons that there is no operational conflict, since a bankrupt “can either opt not to drive or voluntarily pay the discharged debt” (para. 123). In a case like this one, the test for operational conflict cannot be limited to asking whether the respondent can comply with both laws by renouncing the protection afforded to him or her under the federal law or the privilege he or she is otherwise entitled to under the provincial law. In that regard, the debtor’s response to the suspension of his or her driving privileges is not determinative. In analyzing the operational conflict at issue in this case, we cannot disregard the fact that whether the debtor pays or not, the province, as a creditor, is still compelling payment of a provable claim that has been released, which is in direct contradiction with s. 178(2) of the *BIA*:

If [the respondent] pays the debt, then the provincial law will have required him to pay a debt that has been released by the federal law. If [he] does not pay the debt, then the provincial law will have punished him — by withholding his driver’s licence — for failing to pay a debt that has been released by the federal law.

(*Gorguis v. Saskatchewan Government Insurance*, 2011 SKQB 132, 372 Sask. R. 152, at para. 25; sent back for rehearing by the Saskatchewan Court of Appeal, which did not address the court’s comments on this point (2013 SKCA 32, 414 Sask. R. 5).)

Thus, the laws at issue give inconsistent answers to the question whether there is an enforceable obligation: one law says yes and the other says no.

[61] On the one hand, s. 178(2) of the *BIA* provides that “an order of discharge releases the bankrupt from all claims provable in bankruptcy”. In my view, it is undisputed that a discharge under s. 178 of the *BIA* releases a debtor, thus preventing

(par. 10). Les motifs de la Cour d’appel, ainsi que les observations des parties, à l’exception du surintendant des faillites, se rapportent presque exclusivement au deuxième volet de l’analyse applicable. Je crois que la Cour d’appel et les parties ont commis une erreur à cet égard. En toute déférence, je ne partage donc pas l’avis de ma collègue la juge Côté qui affirme, dans ses motifs concordants, qu’il n’y a pas de conflit d’application puisque le failli « peut choisir soit de ne pas conduire, soit de payer volontairement la dette dont il a été libéré » (par. 123). Dans les affaires comme celle en l’espèce, l’analyse relative au conflit d’application ne saurait se limiter à la question de savoir si l’intimé peut se conformer aux deux lois en renonçant soit à la protection que lui offre la loi fédérale, soit au droit dont il bénéficie en vertu de la loi provinciale. À cet égard, la réaction du débiteur à la suspension de ses droits de conducteur n’est pas déterminante. Dans le cadre de l’analyse du conflit d’application en l’espèce, on ne peut faire abstraction du fait que, que le débiteur paie ou non, il reste que la province, en tant que créancier, le contraint quand même à payer une réclamation prouvable dont il a été libéré, ce qui va directement à l’encontre du par. 178(2) de la *LFI* :

[TRADUCTION] Si [l’intimé] paie la dette, la loi provinciale l’aura alors obligé à payer une dette dont il a été libéré par la loi fédérale. S’[il] ne paie pas la dette, la loi provinciale l’aura puni — en le privant de son permis de conduire — pour ne pas avoir payé une dette dont il a été libéré par la loi fédérale.

(*Gorguis c. Saskatchewan Government Insurance*, 2011 SKQB 132, 372 Sask. R. 152, par. 25; l’affaire a été renvoyée pour nouvelle audition par la Cour d’appel de la Saskatchewan, qui ne s’est pas prononcée sur les commentaires de la cour sur ce point (2013 SKCA 32, 414 Sask. R. 5).)

Les lois en cause offrent donc des réponses contradictoires à la question de savoir s’il existe une obligation exécutoire : l’une dit oui et l’autre dit non.

[61] D’une part, le par. 178(2) de la *LFI* prévoit qu’« [u]ne ordonnance de libération libère le failli de toutes autres réclamations prouvables en matière de faillite ». À mon sens, nul ne conteste qu’une ordonnance de libération rendue aux termes de

creditors from enforcing claims that are provable in bankruptcy. My colleague appears to suggest (at para. 96) that, since the actual words of the section say “nothing more” than that the bankrupt is discharged, or since the discharge merely releases provable claims, an interpretation to the effect that the release of such claims means that they cannot be enforced would “add words to the provision”. With respect, this amounts to depriving the words of s. 178(2) of their obvious and ordinary meaning. In *Schreyer*, LeBel J. wrote that, “[a]s is clear from the words of s. 178(2) *BIA*, the discharge operates to release the bankrupt from all claims provable in bankruptcy”. He added that, “[f]or creditors, the discharge means that they ‘cease to be able to enforce claims against the bankrupt that are provable in bankruptcy’” (para. 21). I know of no authority that suggests that the words “order of discharge” or “releases” in that context mean anything other than that the provable claim is unenforceable. To give the words used in s. 178(2) their proper meaning is not to interpret the provision broadly.

[62] On the other hand, s. 102(2) of the *TSA* empowers the province to continue to pressure a debtor by withholding his or her driving privileges “until the judgment is satisfied or discharged, otherwise than by a discharge in bankruptcy”. As I mentioned above in my analysis of the legislative schemes, the language of this provision is clear: it provides for the satisfaction of the judgment debt by excluding the impact of a discharge in bankruptcy.

[63] One law consequently provides for the release of all claims provable in bankruptcy and prohibits creditors from enforcing them, while the other disregards this release and allows for the use of a debt enforcement mechanism on such a claim by precisely excluding a discharge in bankruptcy. This is a true incompatibility. Both laws cannot operate concurrently (*Sun Indalex*, at para. 60; *Lafarge*, at para. 82; *M & D Farm*, at para. 41; *Multiple Access*, at p. 191), “apply

l’art. 178 de la *LFI* libère un débiteur et empêche ainsi les créanciers d’exiger le paiement de leurs réclamations prouvables en matière de faillite. Ma collègue semble laisser entendre (par. 96) que, puisque le libellé de la disposition dit simplement que le failli est libéré et ne prévoit « rien de plus », ou puisque l’ordonnance de libération libère simplement le failli des réclamations prouvables, une interprétation suivant laquelle la libération à l’égard de ces réclamations signifie que le créancier ne peut plus en exiger le paiement équivaldrait à « ajouter des mots à cette disposition ». Avec égards, cela revient à priver les termes du par. 178(2) de leur sens évident et ordinaire. Dans *Schreyer*, le juge LeBel a écrit que « [l]e libellé du par. 178(2) de la *LFI* énonce clairement que l’ordonnance de libération libère le failli de toutes les réclamations prouvables en matière de faillite ». Il a ajouté que « [p]our leur part, les créanciers [TRADUCTION] “cessent de pouvoir faire valoir contre le failli leurs réclamations prouvables en matière de faillite” » (par. 21). À ma connaissance, aucune décision ne laisse croire que les mots « ordonnance de libération » ou « libère », pris dans ce contexte, signifient autre chose que le fait que le paiement de la réclamation prouvable ne puisse être exigé. On n’interprète pas largement le par. 178(2) si l’on donne à ses termes leur véritable signification.

[62] D’autre part, le par. 102(2) de la *TSA* autorise la province à continuer de forcer un débiteur à payer en le privant de ses droits de conducteur [TRADUCTION] « tant qu’[il] n’a pas satisfait au jugement et qu’[il] ne s’est pas libéré de l’obligation, autrement que par une libération de faillite ». Comme je l’ai déjà indiqué dans l’analyse des régimes législatifs en cause, le libellé de cette disposition est clair : il prévoit le paiement de la dette constatée par jugement en excluant l’effet d’une libération de faillite.

[63] En conséquence, une loi prévoit que le failli est libéré de toute réclamation prouvable en matière de faillite et interdit aux créanciers d’en exiger le paiement, alors que l’autre loi fait fi de cette libération et permet le recours à un mécanisme de recouvrement de cette créance en excluant expressément la libération de faillite. Il s’agit là d’une véritable incompatibilité. Les deux lois ne peuvent s’appliquer concurremment (*Sun Indalex*, par. 60;

concurrently” (*Western Bank*, at para. 72) or “operate side by side without conflict” (*Marine Services*, at para. 76). The facts of this appeal indeed show an actual conflict in operation of the two provisions. This is a case where the provincial law says “yes” (“Alberta can enforce this provable claim”), while the federal law says “no” (“Alberta cannot enforce this provable claim”). The provincial law gives the province a right that the federal law denies, and maintains a liability from which the debtor has been released under the federal law. This conflict can hardly be characterized as “indirect” as my colleague suggests (paras. 92 and 128). Nor can I characterize as merely “implicit” the clear prohibition in s. 178(2) against enforcing provable claims that have been discharged. It is not in dispute that s. 178(2) is a prohibitive provision; considering the meaning of the words “order of discharge” and “releases”, what the provision “exactly” prohibits is the enforcement of discharged provable claims. There is no other “possible ramification” in terms of what this section prohibits.

[64] There was indeed much discussion about the effect of a discharge in the parties’ submissions. To avoid a finding of conflict, Alberta submitted that in bankruptcy, the debt is not extinguished but merely “released”. It asserted that the *BIA* precludes only the “civil enforcement” of the debt through “civil process”; it does not affect the province’s ability to insist on licensing requirements.

[65] In *Schreyer*, LeBel J. described the effect of discharge. While recognizing that the debt is not extinguished, he explained that a discharge prevents creditors from enforcing those claims that are provable in bankruptcy:

... every claim is swept into the bankruptcy and ... the bankrupt is released from all of them upon being

Lafarge, par. 82; *M & D Farm*, par. 41; *Multiple Access*, p. 191), « agir concurremment » (*Banque canadienne de l’Ouest*, par. 72) ou « coexister sans conflit » (*Marine Services*, par. 76). Les faits de l’espèce font bel et bien apparaître un conflit véritable dans l’application des deux dispositions. Il s’agit d’un cas où la loi provinciale dit « oui » (« l’Alberta peut exiger le paiement de cette réclamation prouvable »), tandis que la loi fédérale dit « non » (« l’Alberta ne peut exiger le paiement de cette réclamation prouvable »). La loi provinciale confère à la province un droit que nie la loi fédérale, et maintient une obligation dont le débiteur a été libéré en vertu de la loi fédérale. On ne saurait, comme le fait ma collègue, qualifier ce conflit d’« indirect » (par. 92 et 128). Je ne peux pas non plus qualifier de simplement « implicite » l’interdiction, clairement exprimée au par. 178(2), d’exiger le paiement d’une réclamation prouvable dont le failli a été libéré. Nul ne conteste le caractère prohibitif du par. 178(2); compte tenu du sens des termes « ordonnance de libération » et « libère », ce qu’interdit « exactement » la disposition, c’est de contraindre le failli à payer une réclamation prouvable dont il a été libéré. Il n’y a pas d’autres « ramifications possibles » à l’interdiction faite à cette disposition.

[64] Dans les observations des parties, il a certes beaucoup été question de l’effet d’une ordonnance de libération. Pour éviter que la Cour conclue à l’existence d’un conflit, l’Alberta a soutenu qu’en matière de faillite, la dette n’est pas éteinte, mais le débiteur en est simplement [TRADUCTION] « libéré ». Elle a affirmé que la *LFI* empêche seulement le « recouvrement civil » de la dette dans le cadre d’un « processus civil »; elle n’a aucune incidence sur la capacité de la province d’exiger le respect des exigences en matière de permis.

[65] Dans l’arrêt *Schreyer*, le juge LeBel a décrit l’effet de l’ordonnance de libération. Tout en reconnaissant que la dette n’est pas éteinte, il a expliqué que l’ordonnance de libération empêche les créanciers de faire valoir les réclamations prouvables en matière de faillite :

... toutes les réclamations sont emportées dans la faillite et [...] le failli est libéré de toutes les réclamations

discharged unless the law sets out a clear exclusion or exemption. . . .

The only reservation I have with the decision of the Court of Appeal in the case at bar relates to its numerous statements that the operation of s. 178(2) *BIA* has the effect of “extinguishing” the equalization claim. With respect, this provision does not purport to extinguish claims that are provable in bankruptcy pursuant to s. 121 *BIA*, but “releases” the debtor from such claims: see, on this point, *Re Kryspin* (1983), 40 O.R. (2d) 424 (H.C.J.), at pp. 438-39; and *Ross, Re* (2003), 50 C.B.R. (4th) 274 (Ont. S.C.J.), at para. 15. As is clear from the words of s. 178(2) *BIA*, the discharge operates to release the bankrupt from all claims provable in bankruptcy. For creditors, the discharge means that they “cease to be able to enforce claims against the bankrupt that are provable in bankruptcy”. [Emphasis added; paras 20-21.]

(Citing Houlden, Morawetz and Sarra, at p. 6-283.)

[66] This description is consistent with the term “releases” found in s. 178(2), which means “[l]iberation from an obligation, duty, or demand; the act of giving up a right or claim to the person against whom it could have been enforced”: *Black’s Law Dictionary* (10th ed. 2014), at p. 1480. As a result of s. 178(2), creditors are deemed to give up their right to enforce their provable claims. The verb “enforce”, as used by LeBel J. and Houlden, Morawetz and Sarra, means “to compel obedience”: *Black’s Law Dictionary*, at p. 645. The non-extinguishment of the debt may be relevant in some cases, such as those involving the liability of a third party (see *Buchanan v. Superline Fuels Inc.*, 2007 NSCA 68, 255 N.S.R. (2d) 286; *Miller, Re* (2001), 27 C.B.R. (4th) 107 (Ont. S.C.J.)). This is, however, of no practical relevance to this appeal. Section 178(2) is clear: a creditor cannot compel the debtor to pay a debt that was released on discharge.

[67] In this appeal, the payment which the province seeks to recover is a provable claim. In substance, the

lors de sa libération, à moins que la loi ne prévoit clairement une exclusion ou une exemption. . . .

Ma seule réserve à l’égard de la décision de la Cour d’appel concerne le fait qu’elle a écrit à plusieurs reprises que l’application du par. 178(2) de la *LFI* avait [TRADUCTION] « éteint » la réclamation au titre de la compensation. Soit dit en toute déférence, cette disposition n’a pas pour objet d’éteindre les réclamations prouvables en matière de faillite au sens de l’art. 121 de la *LFI*, mais « libère » le débiteur de ces réclamations : voir à ce sujet *Re Kryspin* (1983), 40 O.R. (2d) 424 (H.C.J.), p. 438-439; et *Ross, Re* (2003), 50 C.B.R. (4th) 274 (C.S.J. Ont.), par. 15. Le libellé du par. 178(2) de la *LFI* énonce clairement que l’ordonnance de libération libère le failli de toutes les réclamations prouvables en matière de faillite. Pour leur part, les créanciers [TRADUCTION] « cessent de pouvoir faire valoir contre le failli leurs réclamations prouvables en matière de faillite ». [Je souligne; par. 20-21.]

(Citant Houlden, Morawetz et Sarra, p. 6-283.)

[66] Cette description est compatible avec le terme « libère » figurant au par. 178(2), qui s’entend de [TRADUCTION] « la décharge d’une obligation, d’un devoir ou d’une exigence; l’action de renoncer à un droit ou une réclamation en faveur de la personne contre laquelle on aurait pu faire valoir ce droit ou cette réclamation » : *Black’s Law Dictionary* (10^e éd. 2014), p. 1480. Par application du par. 178(2), les créanciers sont réputés renoncer à leur droit de faire valoir leurs réclamations prouvables. L’expression « faire valoir » employée par le juge LeBel, qui renvoie au terme anglais « enforce » employé par Houlden, Morawetz et Sarra, signifie « contraindre au respect » : *Black’s Law Dictionary*, p. 645. La non-extinction de la dette peut être pertinente dans certaines affaires, comme celles mettant en cause la responsabilité d’un tiers (voir *Buchanan c. Superline Fuels Inc.*, 2007 NSCA 68, 255 N.S.R. (2d) 286; *Miller, Re* (2001), 27 C.B.R. (4th) 107 (C.S.J. Ont.)), mais elle n’a aucune pertinence pratique quant au présent pourvoi. Le paragraphe 178(2) est clair : un créancier ne peut contraindre le débiteur à payer une dette dont il a été libéré par une ordonnance de libération.

[67] En l’espèce, la créance que la province cherche à recouvrer constitue une réclamation prouvable.

purpose and effect of s. 102 are to compel payment of that provable claim. That claim was properly released, since neither the province's judgment debt, nor the resulting regulatory charge, is exempt from discharge under s. 178(1). As a provable claim is subject to s. 178(2), the province is precluded from compelling payment of the judgment debt.

[68] Contrary to the appellant's contention, nothing suggests that s. 178(2) merely precludes civil enforcement of provable claims. Accepting the appellant's argument would amount to adding words to the provision that do not exist, and that the legislator did not include. While being expressly precluded from compelling payment of a discharged provable claim, the province could create an administrative scheme that had the effect of coercing a discharged debtor to pay a debt that has been released. The appellant's argument must be rejected. Pursuant to s. 178(2) of the *BIA*, creditors are precluded from compelling payment of a claim provable in bankruptcy, through either civil or administrative processes.

[69] Neither can the question under the operational conflict branch of the paramountcy test be whether it is possible to refrain from applying the provincial law in order to avoid the alleged conflict with the federal law. To argue that the province is not required to use s. 102 in the context of bankruptcy, or that it can choose not to withhold the respondent's driving privileges, leads to a superficial application of the operational conflict test. To suggest that a conflict can be avoided by complying with the federal law to the exclusion of the provincial law cannot be a valid answer to the question whether there is "actual conflict in operation", as the majority of the Court put it in *Multiple Access*: see also *COPA*, at para. 64. To so conclude would render the first branch of the paramountcy test meaningless, since it is virtually always possible to avoid the application of a provincial law so as not to cause a conflict with a federal law. Furthermore, any provincial law that could survive the first branch under the latter argument would necessarily also

Essentiellement, l'art. 102 a pour objet et effet de contraindre le failli à payer cette réclamation prouvable. Le failli a été régulièrement libéré de cette réclamation puisque ni la créance judiciaire de la province ni la charge réglementaire en découlant ne sont soustraites à l'application de l'ordonnance de libération selon le par. 178(1). Étant donné qu'une réclamation prouvable est visée au par. 178(2), la province ne peut contraindre l'intimé à payer la dette constatée par jugement.

[68] Contrairement aux prétentions de l'appelante, rien n'indique que le par. 178(2) empêche simplement le recouvrement civil des réclamations prouvables. Faire droit à l'argument de l'appelante équivaldrait à ajouter à la disposition des mots qui n'existent pas, et que le législateur n'y a pas inclus. Alors qu'elle est expressément empêchée d'exiger le paiement d'une réclamation prouvable dont le débiteur a été libéré, la province pourrait mettre en place un régime administratif ayant pour effet de contraindre ce débiteur à payer une dette dont il a été libéré. L'argument de l'appelante doit être rejeté. Selon le par. 178(2) de la *LFI*, les créanciers ne peuvent exiger le paiement d'une réclamation prouvable en matière de faillite, que ce soit dans un processus civil ou administratif.

[69] Selon le volet conflit d'application de l'analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance, la question n'est pas non plus de savoir s'il est possible de s'abstenir d'appliquer la loi provinciale pour éviter le prétendu conflit avec la loi fédérale. Soutenir que la province n'est pas tenue d'appliquer l'art. 102 dans le contexte d'une faillite, ou qu'elle peut choisir de ne pas priver l'intimé de ses droits de conducteur, entraîne une application superficielle du critère applicable en matière de conflit d'application. Prétendre qu'un conflit peut être évité en se conformant à la loi fédérale à l'exclusion de la loi provinciale ne saurait constituer une réponse valide à la question de savoir s'il y a un « conflit véritable », comme l'indiquent les juges majoritaires dans *Multiple Access* : voir aussi l'arrêt *COPA*, par. 64. Une telle conclusion viderait de tout son sens le premier volet de l'analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance, car il est presque toujours possible d'éviter l'application d'une loi provinciale pour ne pas causer de conflit avec une loi fédérale. En outre, toute loi provinciale qui résisterait

survive the second branch. If it is possible to avoid operational conflict simply by declining to apply the provincial law, the same could be done to avoid any frustration of the federal purpose under the second branch.

[70] In fact, this would be tantamount to rendering the provincial law inoperative to the extent of the conflict even before a conflict is found. Under the doctrine of paramountcy, this is precisely the remedy that courts grant once a conflict is found; it is not a tool courts can use to avoid finding a conflict. The remedy of not applying the provincial law cannot be determinative of whether a conflict exists in the first place. In this case, whether or not the province has discretion not to apply s. 102 is irrelevant: see *Lafarge*, at para. 75. The province chose to take advantage of the scheme. The question is whether it can do so while also complying with the *BIA*.

[71] This view, with which my colleague disagrees, appears to me to be consistent with this Court's jurisprudence on operational conflict. For instance, in *M & D Farm*, the creditor held a mortgage on the debtors' family farm. After defaulting on the mortgage, the debtors obtained a stay of proceedings under the federal *Farm Debt Review Act*, R.S.C. 1985, c. 25 (2nd Supp.). While the stay was still in effect, the creditor sought, and was granted, leave under the provincial *Family Farm Protection Act*, C.C.S.M., c. F15, which authorized the immediate commencement of foreclosure proceedings. The question arose as to whether there was a conflict between the federal stay and the provincial leave. The Court concluded that there was an operational conflict (pp. 982-85), and this conclusion was later reaffirmed in *Lafarge*, at para. 82, and again in *Lemare Lake*, at para. 18. As I read *M & D Farm*, the fact that the debtors could choose to voluntarily pay the mortgage debt, as my colleague suggests, did not mean that there was no operational conflict. Nor was conflict avoided because the creditor could have chosen not to seek leave to commence foreclosure proceedings. There was an operational conflict because the provincial

au premier volet selon ce dernier argument résisterait aussi nécessairement au second volet. S'il était possible d'éviter un conflit d'application simplement en refusant d'appliquer la loi provinciale, on pourrait faire la même chose pour éviter toute entrave à la réalisation de l'objet fédéral sous le second volet.

[70] En fait, cela reviendrait à rendre la loi provinciale inopérante dans la mesure du conflit avant même qu'il ne soit conclu à l'existence d'un conflit. Suivant la doctrine de la prépondérance, il s'agit précisément de la réparation que les tribunaux accordent une fois qu'ils ont conclu à l'existence d'un conflit; il ne s'agit pas d'un outil que les tribunaux peuvent utiliser pour éviter de conclure à l'existence d'un conflit. La réparation consistant à ne pas appliquer la loi provinciale ne saurait être déterminante quant à savoir s'il existe un conflit au départ. En l'espèce, la question de savoir si la province a le pouvoir discrétionnaire de ne pas appliquer l'art. 102 n'est pas pertinente : *Lafarge*, par. 75. La province a choisi de se prévaloir du régime. Il s'agit de savoir si elle peut le faire sans déroger à la *LFI*.

[71] Cette opinion que rejette ma collègue me semble conforme à la jurisprudence de la Cour en matière de conflit d'application. Dans l'arrêt *M & D Farm*, par exemple, une hypothèque grevait l'exploitation agricole familiale du débiteur au profit du créancier. Après avoir manqué à ses obligations à l'égard de l'hypothèque, le débiteur a obtenu une suspension des recours en vertu d'une loi fédérale, la *Loi sur l'examen de l'endettement agricole*, L.R.C. 1985, c. 25 (2^e suppl.). Alors que la suspension était toujours en vigueur, le créancier a demandé et obtenu une autorisation d'intenter immédiatement une action en forclusion en vertu de la *Loi sur la protection des exploitations agricoles familiales* provinciale, C.P.L.M., c. F15. La question s'est posée de savoir s'il existait un conflit entre la suspension fédérale et l'autorisation provinciale. La Cour a conclu à l'existence d'un conflit d'application (p. 982-985), et cette conclusion a par la suite été réaffirmée dans l'arrêt *Lafarge*, par. 82, puis de nouveau dans l'arrêt *Lemare Lake*, par. 18. Selon mon interprétation de l'arrêt *M & D Farm*, le fait que le débiteur pouvait choisir de payer volontairement la dette hypothécaire n'empêchait pas le conflit d'application, comme ma

law expressly authorized the very proceedings that the federal stay precluded.

[72] More recently, in *Sun Indalex*, Deschamps J., with Moldaver J. concurring, found that there was an operational conflict (the Court was unanimous on this point). On the one hand, there was an order made under the federal *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, which authorized an insolvent company to obtain debtor-in-possession ("DIP") financing and granted priority to the DIP lender. On the other hand, the provincial *Personal Property Security Act*, R.S.O. 1990, c. P.10, gave priority to the administrator of the company's employee pension plans: para. 60. Deschamps J. did not avoid the operational conflict by concluding, for instance, that the debtor could have chosen not to seek DIP financing in the first place.

[73] My analysis does not "expan[d] the definition of conflict in the first branch" of the paramountcy test, nor does it "conflat[e]" its two branches, contrary to what my colleague indicates (paras. 93 and 106). In my view, this analysis instead applies the principles developed by this Court on federal paramountcy to the operational conflict situation at issue here, where the federal law includes a prohibition that the provincial law effectively disregards. I discuss the two legislative schemes separately from the application of the two branches of the paramountcy test. My analysis of the operational conflict focuses on the existence of an actual and direct conflict between the provisions at issue. The two branches are not "conflated" simply because, in a situation like the current one, the wording of s. 178(2) and the clear prohibition it contains happen to exemplify the goal behind the provision and one of the key objectives of the *BIA*, that is, the financial rehabilitation of the debtor. I consider that my colleague's remarks to the effect that impossibility of dual compliance is a "secondary consideration" in my discussion of operational

collègue le laisse entendre. Le conflit n'était pas évité non plus parce que le créancier aurait pu choisir de ne pas demander l'autorisation d'intenter une action en forclusion. Il existait un conflit d'application parce que la loi provinciale autorisait expressément la procédure même que la suspension fédérale empêchait.

[72] Plus récemment, dans l'arrêt *Sun Indalex*, la juge Deschamps, avec l'accord du juge Moldaver, a conclu à l'existence d'un conflit d'application (la Cour a exprimé une opinion unanime sur ce point précis). D'une part, une ordonnance rendue sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36, autorisait une société insolvable à obtenir un financement de débiteur-exploitant (« DE ») et accordait priorité au prêteur DE. D'autre part, la *Loi sur les sûretés mobilières* provinciale, L.R.O. 1990, c. P.10, accordait priorité à l'administrateur des régimes de retraite de la société : par. 60. La juge Deschamps n'a pas passé outre au conflit d'application en concluant, par exemple, que le débiteur aurait pu choisir dès le départ de ne pas demander un financement DE.

[73] Mon analyse « [n'élargit pas] la définition de conflit sous le premier volet » de l'analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance, et elle ne « confond » pas non plus les deux volets de l'analyse, contrairement à ce qu'indique ma collègue (par. 93 et 106). À mon avis, dans cette analyse, j'applique plutôt les enseignements de notre Cour relatifs à la doctrine de la prépondérance fédérale à la situation de conflit d'application en cause en l'espèce, où la loi fédérale contient une interdiction dont fait fi la loi provinciale. J'examine les deux régimes législatifs séparément de l'application des deux volets de l'analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance. Mon analyse relative au conflit d'application met l'accent sur l'existence d'un conflit véritable et direct entre les dispositions en cause. Les deux volets de l'analyse ne sont pas « confondus » simplement parce que, dans une situation comme celle en l'espèce, le libellé du par. 178(2) et l'interdiction qu'on y trouve illustrent en quelque sorte le but de la disposition et l'un des objets clés de la *LFI*, soit la réhabilitation financière du failli. J'estime également non fondées les

conflict (para. 99) are misplaced as well. The classic statement of the test for operational conflict in *Multiple Access* that she cites with approval (para. 100) is precisely the one I am relying upon here. It is in light of that statement that I find there is no real possibility of dual compliance as understood by this Court. Indeed, the opposite conclusion would depend on a creditor refusing to apply (or a debtor refusing to comply with) the provincial law, or, alternatively, on a debtor renouncing (or a creditor refusing to comply with) the protection afforded by the federal law. To find a possibility of dual compliance with the conflicting laws at issue — on the basis of hypotheticals that call for “single” compliance, by any one of the actors involved, with one law but not with the other — would be inconsistent with this Court’s precedents on federal paramountcy.

[74] In this regard, this case is distinguishable from precedents like *Rothmans* and *COPA*, on which my colleague relies. Those cases both dealt with provincial laws that took a more restrictive approach to matters covered by permissive federal laws. In each of them, the relevant statutes were held not to create an operational conflict. In *COPA*, the federal *Aeronautics Act*, R.S.C. 1985, c. A-2, allowed private citizens to build airports, while the provincial *Act respecting the preservation of agricultural land and agricultural activities*, R.S.Q., c. P-41.1, prohibited such activities on agricultural land absent an administrative authorization: para. 8. In *Rothmans*, s. 30 of the federal *Tobacco Act*, S.C. 1997, c. 13, permitted the display of tobacco products at retail, while the provincial *Tobacco Control Act*, S.S. 2001, c. T-14.1, banned the advertising, display and promotion of tobacco products in places where persons under 18 years of age were allowed. *Rothmans* and *COPA* did not involve a direct contradiction between the two applicable laws as does the instant case. They merely involved one law that imposed stricter conditions in allowing activities that were also permitted by the government at the other level. In the case at

remarques de ma collègue selon lesquelles la question de l’impossibilité de se conformer aux deux lois constitue une « considération secondaire » dans mon analyse du conflit d’application (par. 99). C’est précisément sur l’énoncé classique du critère relatif au conflit d’application formulé dans l’arrêt *Multiple Access*, qu’elle cite avec approbation (par. 100), que les présents motifs mettent l’accent. C’est à la lumière de cet énoncé que je conclus à l’absence d’une possibilité réelle de se conformer aux deux lois au sens où l’entend la Cour. D’ailleurs, une conclusion contraire serait tributaire du refus d’un créancier d’appliquer la loi provinciale (ou du refus d’un débiteur de s’y conformer). Ou encore, une telle conclusion dépendrait de la renonciation d’un débiteur à la protection qu’offre la loi fédérale (ou du refus d’un créancier de s’y conformer). Conclure à la possibilité de se conformer aux deux lois conflictuelles en cause — en se fondant sur des hypothèses qui en appellent au « simple » respect, par l’un ou l’autre des acteurs en cause, d’une loi mais pas de l’autre — n’est pas compatible avec les décisions antérieures de la Cour sur la doctrine de la prépondérance fédérale.

[74] À cet égard, il convient d’établir une distinction entre la présente affaire et les précédents tels *Rothmans* et *COPA* sur lesquels s’appuie ma collègue. Dans ces deux affaires, des lois provinciales réglementaient de façon plus restrictive la matière traitée dans des lois fédérales permissives. Dans chaque cas, la Cour a conclu que les lois en cause ne faisaient pas naître un conflit d’application. Dans *COPA*, une loi fédérale, la *Loi sur l’aéronautique*, L.R.C. 1985, c. A-2, permettait à des particuliers de construire des aérodromes, alors qu’une loi provinciale, la *Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles*, L.R.Q., c. P-41.1, en interdisait la construction sur une terre agricole en l’absence d’une autorisation administrative : par. 8. Dans *Rothmans*, l’art. 30 de la *Loi sur le tabac*, L.C. 1997, c. 13, autorisait l’exposition des produits du tabac dans les établissements de vente au détail, alors qu’une loi provinciale, *The Tobacco Control Act*, S.S. 2001, c. T-14.1, interdisait la publicité, l’exposition et la promotion des produits du tabac dans les lieux auxquels ont accès des personnes âgées de moins de 18 ans. Dans ces deux affaires, contrairement aux lois en l’espèce,

bar, the question with respect to operational conflict is whether debts incurred while driving uninsured can be enforced even though the debtor has been discharged from bankruptcy. On this question, the two laws directly contradict each other.

[75] I therefore conclude that s. 102 of the *TSA* allows the province, or a third party creditor, to enforce a provable claim that has been released. To that extent, it conflicts with s. 178(2) of the *BIA*. It is impossible for the province to apply s. 102 without contravening s. 178(2) and, as a result, for the respondent to simultaneously be liable to pay the judgment debt under the provincial scheme and be released from that same claim pursuant to s. 178(2): *Lafarge*, at para. 82; *M & D Farm*, at para. 41. Section 178 is a complete code in that it sets out which debts are released on discharge and which debts survive bankruptcy. In effect, s. 102 creates a new class of exempt debts that is not listed in s. 178(1). Hence, in the words used by my colleague in her reasons (paras. 95, 110 and 128), “the provincial law allows the very same thing” — the enforcement of a debt released under s. 178(2) of the *BIA* — that “the federal law prohibits”. The result is an operational conflict between the provincial and federal provisions.

[76] Although this conclusion makes it unnecessary to discuss the second branch of the test, I will nonetheless address it in order to respond to the province’s arguments.

(b) *Frustration of Federal Purpose*

(i) Financial Rehabilitation

[77] Like the lower courts, I find that the province’s use of its administrative powers relating to

les deux lois en cause ne se contredisaient pas; elles se limitaient à imposer des conditions plus strictes à l’exercice d’activités permises par l’autre ordre de gouvernement. En l’espèce, la question qui soulève un conflit d’application est de savoir si les dettes d’un conducteur non assuré résultant d’un accident d’automobile doivent être remboursées même si le débiteur en a été libéré par une libération de faillite. Sur ce point, les deux lois sont directement contradictoires.

[75] Je conclus donc que l’art. 102 de la *TSA* permet à la province, ou à un tiers créancier, de contraindre un failli à payer une réclamation prouvable dont il a été libéré. Dans cette mesure, cet article entre en conflit avec le par. 178(2) de la *LFI*. Il n’est pas possible que la province applique l’art. 102 sans contrevenir au par. 178(2), et en conséquence, que l’intimé soit tenu, sous le régime provincial, de payer une dette constatée par jugement et qu’il soit en même temps libéré de cette même dette en vertu du par. 178(2) : *Lafarge*, par. 82; *M & D Farm*, par. 41. L’article 178 constitue un code complet en ce qu’il précise les dettes dont le failli est libéré par une ordonnance de libération et celles qui survivent à la faillite. En fait, l’art. 102 crée, pour ce qui est des dettes dont le failli n’est pas libéré, une nouvelle catégorie de dettes qui ne figure pas au par. 178(1). En conséquence, pour reprendre les mots qu’utilise ma collègue dans ses motifs (par. 95, 110 et 128), « la loi provinciale autorise la chose même » — l’obligation de payer une dette dont le débiteur a été libéré aux termes du par. 178(2) de la *LFI* — « qu’interdit la loi fédérale ». Il en résulte un conflit d’application entre les dispositions provinciales et fédérales.

[76] Bien que cette conclusion rende inutile l’examen du second volet de l’analyse, je vais quand même l’examiner afin de répondre aux arguments de la province.

(b) *Entrave à la réalisation de l’objet fédéral*

(i) Réhabilitation financière

[77] À l’instar des tribunaux d’instance inférieure, j’estime que le recours par la province à ses pouvoirs

driving privileges to burden the respondent until he repays a discharged debt frustrates the financial rehabilitation of the bankrupt. The effect of s. 102 directly contradicts and defeats the purpose of the discharge provided for in s. 178(2):

The *BIA* permits an honest but unfortunate debtor to obtain a discharge from debts subject to reasonable conditions. The *Act* is designed to permit a bankrupt to receive, after a specified period a complete discharge of all his or her debts in order that he or she may be able to integrate into the business life of the country as a useful citizen free from the crushing burden of debts . . . [Emphasis added.]

(Houlden, Morawetz and Sarra, at p. 1-2.1)

As explained already, the language of s. 178(2) makes it clear that the purpose of this provision is to give effect to one of the goals underlying the *BIA* regime — the financial rehabilitation of the debtor — by releasing “the bankrupt from all claims provable in bankruptcy”. In other words, s. 178(2) is aimed precisely at providing the bankrupt with a fresh start. The facts of this case establish that the province’s use of s. 102 despite the respondent’s discharge undermines this purpose.

[78] The respondent was a truck driver. In 1996, after the accident, the province was assigned the judgment rendered against him in the amount of \$194,875. In 2008, after attempting to pay the debt in instalments for about 12 years, he made an assignment in bankruptcy. At that time, the outstanding amount of the debt had increased to \$195,823; it was, by far, the largest of the respondent’s financial liabilities. In 12 years, the respondent had not been able to keep up with his interest payments. The crushing burden of the province’s claim against him was the main reason for his bankruptcy. In 2012, at the time his application for discharge was heard, the respondent had only managed to pay the judgment debt down to \$192,103.79. By the effect of s. 102, he was exiting bankruptcy while carrying the same financial burden that had caused his bankruptcy four years earlier. If s. 102 is allowed to operate despite the respondent’s discharge, the

administratifs en matière de droits de conducteur pour accabler l’intimé jusqu’à ce qu’il rembourse une dette dont il a été libéré entrave la réhabilitation financière du failli. L’effet de l’art. 102 va directement à l’encontre de l’objet de la libération prévue au par. 178(2) :

[TRADUCTION] La *LFI* permet au débiteur honnête, mais malchanceux, d’obtenir une libération de dettes sous réserve de conditions raisonnables. La *Loi* vise à permettre au failli d’obtenir, après une période donnée, une libération totale de toutes ses dettes de sorte qu’il puisse s’intégrer à la vie économique du pays en tant que citoyen utile soulagé de l’écrasant fardeau des dettes . . . [Je souligne.]

(Houlden, Morawetz et Sarra, p. 1-2.1)

J’ai déjà expliqué que le libellé du par. 178(2) indique clairement que cette disposition a pour objet de donner effet à l’un des objectifs sous-jacents du régime de la *LFI* — la réhabilitation financière du débiteur — en libérant « le failli de toutes autres réclamations prouvables en matière de faillite ». En d’autres mots, le par. 178(2) vise précisément à permettre au failli de repartir à neuf. Les faits de la présente affaire établissent que le recours, par la province, à l’art. 102 en dépit de la libération de l’intimé mine cet objet.

[78] L’intimé était camionneur. En 1996, après l’accident, la province s’est vu céder le jugement rendu contre lui pour la somme de 194 875 \$. En 2008, après avoir tenté de payer la dette par versements échelonnés pendant environ 12 ans, il a fait cession de ses biens. À l’époque, le montant de la dette avait augmenté à 195 823 \$; il s’agissait, de loin, de la plus importante obligation financière de l’intimé. En 12 ans, l’intimé n’était pas parvenu à payer l’intérêt. L’écrasant fardeau de la réclamation de la province contre lui constituait la principale raison de sa faillite. En 2012, au moment de l’audition de sa demande de libération, l’intimé n’avait réussi à réduire le montant de la dette constatée par jugement qu’à la somme de 192 103,79 \$. Par l’effet de l’art. 102, il sortait de la faillite en portant le même fardeau financier que celui qui avait causé sa faillite quatre ans auparavant. Si l’on permet que l’art. 102 s’applique en dépit de la libération de

respondent is not offered the opportunity to rehabilitate that Parliament intended to give him. This is particularly compelling in the respondent's case. As a truck driver, his ability to gain a livelihood is tied to his ability to drive. But more generally, inability to drive can constitute a significant impediment to any person's capacity to earn income: see *Lucar, Re* (2001), 32 C.B.R. (4th) 270 (Ont. S.C.J.), at paras. 22-23.

[79] In furthering financial rehabilitation, Parliament expressly selected which debts survive bankruptcy and which are discharged: s. 178(1) and (2). It did so having regard to competing policy objectives. This is a delicate exercise, because the more claims that survive bankruptcy, the more difficult it becomes for a debtor to rehabilitate: *AbitibiBowater*, at para. 35; *Schreyer*, at para. 19. In 1970, the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation emphasized this concern:

... much of the rehabilitative effect of his discharge and release from debts is lost, when a bankrupt is left with substantial debts after his discharge. Indeed, in some cases, it may almost be regarded as a mockery of the bankruptcy system to take all of the sizable property of a debtor, distribute it among the creditors and then leave the debtor to cope with some of his largest creditors from whose debts he has not been released.

(Bankruptcy and Insolvency: Report of the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation (1970), at para. 3.2.085)

When operating in the context of bankruptcy, s. 102 undermines this balancing exercise and imperils the bankrupt's ability to rehabilitate. In effect, s. 102 creates a new class of debts that survive bankruptcy. As such, it leaves the debtor with a substantial financial liability that was not contemplated by Parliament. Had Parliament intended judgment debts arising from motor vehicle accidents, or the resulting regulatory charges, to survive bankruptcy, it would have stated so expressly in s. 178(1) of the *BIA*. It did not. Together, s. 178(1) and (2) are comprehensive. It is beyond the province's constitutional

l'intimé, celui-ci se voit privé de la possibilité de se réhabiliter que le Parlement a voulu lui donner, ce qui est particulièrement impérieux dans le cas de l'intimé. En tant que camionneur, sa capacité de gagner sa vie dépend de sa capacité de conduire, mais de façon plus générale, l'incapacité de conduire peut constituer un obstacle important à la capacité de quiconque de gagner un revenu : voir *Lucar, Re* (2001), 32 C.B.R. (4th) 270 (C.S.J. Ont.), par. 22-23.

[79] Pour favoriser la réhabilitation financière du failli, le législateur a expressément sélectionné les dettes qui survivent à la faillite et celles dont le failli est libéré : par. 178(1) et (2). À cette fin, il a tenu compte de divers objectifs de politique générale, parfois opposés. Il s'agit d'un exercice délicat, car plus le nombre des réclamations qui survivent à la faillite est élevé, plus il devient difficile pour le débiteur de se réhabiliter : *AbitibiBowater*, par. 35; *Schreyer*, par. 19. En 1970, le Comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité a souligné cette préoccupation :

... la libération et la remise des dettes perdent beaucoup de leur raison d'être si le failli demeure chargé de dettes considérables après sa libération. Dans certains cas, n'est-ce pas même caricaturer notre système de faillite que de prendre tous les biens saisissables du débiteur, de les distribuer aux créanciers puis de laisser le débiteur se débrouiller avec quelques-uns de ses créanciers les plus importants, à l'égard desquels il n'a pas été libéré?

(Faillite et Insolvabilité : Rapport du comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité (1970), par. 3.2.085)

Lorsqu'appliqué dans le contexte d'une faillite, l'art. 102 mine cet exercice de pondération et met en péril la capacité de réhabilitation du failli. En effet, l'art. 102 crée une nouvelle catégorie de dettes qui survivent à la faillite. Le débiteur demeure ainsi chargé d'une obligation financière importante que le Parlement n'avait pas prévue. Si le Parlement avait voulu que les dettes constatées par jugement découlant d'accidents d'automobile, ou les charges réglementaires en résultant, survivent à la faillite, il l'aurait indiqué expressément au par. 178(1) de la *LFI*, ce qu'il n'a pas fait. Ensemble, les par. 178(1)

authority to interfere with Parliament's discretion in that regard.

[80] Notwithstanding this, Alberta asserts that, like any creditor, the province is allowed to form a new binding contract with the discharged bankrupt for the repayment of the debt. In its view, the respondent's driving privileges can serve as fresh consideration for such a contract. I disagree. Like the Court of Appeal, I conclude that this alleged fresh consideration is neither genuine nor consistent with the purpose of s. 178(2).

[81] As a general rule, a creditor cannot cause a debtor to revive an obligation from which the debtor was released, unless the creditor offers fresh consideration: Wood, at p. 301. Between private parties, it is arguable that a debtor may freely agree to revive a discharged debt in exchange for the creditor's provision of goods or services. The province, however, is unlike any private creditor. While a private creditor is under no obligation to provide goods or services, the province cannot withhold the respondent's driving privileges arbitrarily. Suspension of privileges by administrative bodies must be based on a legal rule: see *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at pp. 141-42; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473, at para. 59; *Secession Reference*, at para. 71; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 10. In the case at bar, the effect and purpose of s. 102 are to compel payment of a discharged debt, which conflicts with s. 178(2). As a result, s. 102 is, to that extent, inoperative and cannot ground the province's authority to withhold the respondent's privileges. If those privileges are being suspended on the sole basis that the respondent refuses to satisfy a judgment debt that was released in bankruptcy, the province is acting without authority. The province's promise to refrain from doing what it has no authority to do cannot constitute fresh consideration capable of supporting any contract. This includes a contract for the repayment of a discharged debt. More importantly, the respondent need not enter into such a contract in

et (2) sont exhaustifs. S'immiscer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du Parlement à cet égard outrepassa la compétence constitutionnelle de la province.

[80] Malgré cela, l'Alberta affirme que, comme tout autre créancier, la province a le droit de conclure avec le failli libéré un nouveau contrat exécutoire en vue du remboursement de la dette. À son avis, les droits de conducteur de l'intimé peuvent servir de nouvelle contrepartie pour la conclusion d'un tel contrat. Je ne suis pas d'accord. Comme la Cour d'appel, j'estime que cette prétendue nouvelle contrepartie n'est ni véritable ni compatible avec les objets du par. 178(2).

[81] En règle générale, le créancier ne peut faire en sorte que le débiteur fasse renaître une obligation dont il a été libéré, à moins d'offrir une nouvelle contrepartie : Wood, p. 301. Entre des parties privées, on peut soutenir que le débiteur puisse librement consentir à faire renaître une dette dont il a été libéré en échange de la fourniture de biens ou de services par le créancier. Mais la province n'a rien d'un créancier privé. Si un créancier privé n'est pas tenu de fournir des biens ou des services, la province, elle, ne peut priver arbitrairement l'intimé de ses droits de conducteur. La suspension de droits par les organismes administratifs doit être fondée sur une règle de droit : voir *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, p. 141-142; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473, par. 59; *Renvoi relatif à la sécession*, par. 71; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 10. En l'espèce, l'art. 102 a pour effet et pour objet de contraindre le débiteur à payer une dette dont il a été libéré, et il entre en conflit avec le par. 178(2). L'article 102 est donc inopérant dans cette mesure et ne peut servir de fondement à l'exercice, par la province, du pouvoir de priver l'intimé de ses droits. Si ces droits sont suspendus pour le seul motif que l'intimé refuse de payer une dette constatée par jugement dont il a été libéré dans le cadre d'une faillite, la province agit sans pouvoir. La promesse de la province de s'abstenir de faire ce qu'elle n'a pas le pouvoir de faire ne saurait constituer une nouvelle contrepartie pouvant

order to recover his driving privileges, because the province has no authority to withhold them.

[82] Finally, Alberta's other assertion, to the effect that Parliament's power over bankruptcy and insolvency matters does not extend to the regulation of driving privileges, does not entail that the province can withhold those privileges on the basis of an unpaid released debt. In my view, the province is conflating the scope of Parliament's authority and the consequences of the conflict between the *BIA* and the *TSA*. The financial responsibility of drivers is a valid matter of provincial concern and jurisdiction, and the province can set the conditions for driving privileges with this consideration in mind. Nonetheless, when the province denies a person's driving privileges on the sole basis that he or she refuses to pay a debt that was discharged in bankruptcy, the province's condition conflicts with s. 178(2) of the *BIA* and is, to that extent, inoperative. To so conclude does not transfer the power to regulate driving privileges to Parliament. The obligation to grant those privileges flows from the provisions of the provincial law that remain operative.

[83] The rehabilitative purpose of s. 178(2) is not meant to give debtors a fresh start in all aspects of their lives. Bankruptcy does not purport to erase all the consequences of a bankrupt's past conduct. However, by ensuring that all provable claims are treated as part of the bankruptcy regime, the *BIA* gives debtors an opportunity to rehabilitate themselves financially. While this does not amount to erasing all regulatory consequences of their past conduct, it is certainly meant to free them from the financial burden of past indebtedness.

(ii) Equitable Distribution

[84] The Court of Appeal concluded that the *TSA* also disrupts the equitable distribution purpose of

servir de base à un contrat, y compris un contrat en vue du remboursement d'une dette dont le débiteur a été libéré. Plus important encore, l'intimé n'a pas à conclure un tel contrat pour recouvrer ses droits de conducteur, car la province n'a pas le pouvoir de l'en priver.

[82] Enfin, l'autre affirmation de l'Alberta, selon laquelle la compétence du Parlement en matière de faillite et d'insolvabilité ne s'étend pas à la réglementation des droits de conducteur, ne saurait signifier que la province peut priver une personne de ces droits en raison du non-paiement d'une dette dont cette personne a été libérée. À mon avis, la province confond l'étendue du pouvoir du Parlement et les conséquences du conflit entre la *LFI* et la *TSA*. La responsabilité financière des conducteurs est une matière de compétence et d'intérêt provincial valide, et la province peut établir les conditions d'obtention des droits de conducteur en tenant compte de cette considération. Mais lorsqu'elle prive une personne de ses droits de conducteur pour le seul motif que cette personne refuse de payer une dette dont elle a été libérée dans le cadre d'une faillite, cette condition qu'impose la province entre en conflit avec le par. 178(2) de la *LFI* et est, dans cette mesure, inopérante. Une telle conclusion n'a pas pour effet de transférer au Parlement le pouvoir de réglementer les droits de conducteur. L'obligation d'accorder ces droits découle des dispositions de la loi provinciale qui demeurent opérantes.

[83] L'objet de réhabilitation du par. 178(2) n'est pas censé permettre aux débiteurs de repartir à neuf dans tous les aspects de leur vie. La faillite ne vise pas à effacer toutes les conséquences de la conduite antérieure du failli. Mais en faisant en sorte que toutes les réclamations prouvables soient traitées dans le cadre du régime de faillite, la *LFI* donne aux débiteurs une possibilité de se réhabiliter financièrement. Cela n'efface pas toutes les conséquences réglementaires de leur conduite antérieure, mais vise assurément à les libérer du fardeau financier de leur endettement antérieur.

(ii) Partage équitable

[84] La Cour d'appel a conclu que la *TSA* entraînait également la réalisation de l'objet de la *LFI* que

the *BIA*. In that court's view, the province's legislative scheme allows it to obtain more than the ordinary dividend paid under the bankruptcy regime, which is contrary to the objective of the *BIA* to "treat all creditors of the same class equally" (para. 50). For its part, the province asserts that s. 102 does not alter the priorities set out in the *BIA*, since payment for the privilege of driving does not draw on the estate of the bankrupt that is available to other creditors.

[85] I disagree with this conclusion of the Court of Appeal. The purpose of s. 178, the only provision of the *BIA* that is at issue in this appeal, is to give the discharged bankrupt a fresh start. The section sets out the limits of this fresh start by excluding specific debts from being released by the order of discharge (s. 178(1)), and it provides for the consequences of that order by releasing the bankrupt from all other provable claims (s. 178(2)). Section 178 does not further the purpose of equitable distribution of assets. What the Court of Appeal points to are the consequences of survival of the judgment debt as a result of s. 102 of the *TSA*, despite the discharge contemplated in s. 178. This concerns the financial rehabilitation purpose of the *BIA* and nothing more.

[86] This Court has repeatedly cautioned against giving "too broad a scope to paramountcy on the basis of frustration of federal purpose": *Lemare Lake*, at para. 23, quoting *Marcotte*, at para. 72; *Marine Services*, at para. 69; *Western Bank*, at para. 74. In the federal paramountcy analysis, it is therefore always essential to ascertain the exact purpose of the specific provision of the federal law that is at issue. The Court of Appeal does not cite any authority supporting the assertion that s. 178 has purposes other than the debtor's financial rehabilitation. Although other provisions of the *BIA*, discussed earlier in these reasons and dealing mostly with the property of the bankrupt and the administration of the bankrupt's estate, are meant to ensure this equitable distribution purpose, those provisions are not at issue in the case at bar. At best, the assertion made by the Court of Appeal unduly broadens the *BIA*'s equitable distribution purpose and the related single

constitue le partage équitable. À son avis, le régime législatif de la province permet à celle-ci d'obtenir plus que les dividendes ordinaires versés sous le régime de la faillite, ce qui est contraire à l'objectif de la *LFI* qui consiste à [TRADUCTION] « traiter équitablement tous les créanciers d'une même catégorie » (par. 50). Pour sa part, la province affirme que l'art. 102 ne modifie en rien les priorités énoncées dans la *LFI*, car le paiement exigé en échange des droits de conducteur n'est pas puisé dans l'actif du failli devant servir au paiement des autres créanciers.

[85] Je ne suis pas d'accord avec cette conclusion de la Cour d'appel. L'article 178, la seule disposition de la *LFI* en cause dans le présent pourvoi, vise à permettre au failli libéré de repartir à neuf. Il fixe les limites de ce nouveau départ en excluant certaines dettes dont le failli n'est pas libéré par une ordonnance de libération (par. 178(1)), et prévoit les conséquences de cette ordonnance en libérant le failli de toutes autres réclamations prouvables (par. 178(2)). L'article 178 ne favorise pas la réalisation de l'objet qu'est le partage équitable des biens du failli. Ce que la Cour d'appel fait ressortir, ce sont les conséquences de la survie de la dette constatée par jugement en raison de l'art. 102 de la *TSA* et malgré la libération prévue à l'art. 178. Seul est en cause l'objet de réhabilitation financière de la *LFI*, et rien de plus.

[86] La Cour a à maintes reprises mis en garde contre le fait de conférer « à [la] doctrine [de la prépondérance fédérale] une portée trop large dès qu'il y a entrave à l'objectif fédéral » : *Lemare Lake*, par. 23, citant *Marcotte*, par. 72; *Marine Services*, par. 69; *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 74. Dans l'analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance fédérale, il est donc toujours essentiel d'établir avec précision l'objet de la disposition de la loi fédérale en cause. La Cour d'appel ne cite pas de source appuyant l'affirmation voulant que l'art. 178 vise autre chose que la réhabilitation financière du débiteur. D'autres dispositions de la *LFI*, que j'ai déjà examinées dans les présents motifs et qui traitent principalement des biens du failli et de l'administration de l'actif de celui-ci, visent à assurer la réalisation de l'objet de partage équitable, mais ces dispositions ne sont pas en cause en l'espèce. Au mieux, l'affirmation de la Cour d'appel élargit indûment l'objet de

proceeding model. This is contrary to the presumption of constitutionality according to which, “[w]hen a federal statute can be properly interpreted so as not to interfere with a provincial statute, such an interpretation is to be applied in preference to another applicable construction which would bring about a conflict between the two statutes”: *Western Bank*, at para. 75, quoting *Law Society of B.C.*, at p. 356; *Marine Services*, at para. 69.

[87] Professor Wood, at p. 3, explains as follows the rationale behind the collective proceeding through which equitable distribution is achieved:

The race to grab assets in the absence of a collective insolvency regime does not provide an environment within which an efficient and orderly liquidation can occur. The process is inefficient because each creditor must separately attempt to enforce their claims against the debtor’s assets, and this produces duplication in enforcement costs. The piecemeal selling off of assets also results in a much smaller recovery than if a single person were in control of the liquidation. Similarly, the race to seize assets does not produce an environment within which negotiations with creditors can easily occur. A reasonable creditor who is inclined to negotiate with the debtor will be unlikely to do so if other creditors are actively taking steps to make away with the debtor’s realizable assets; instead, the creditor will feel compelled to join the wild dash to seize assets. Although some of the creditors (those who are able to strike first) are better off in such a scenario, the creditors as a group receive less than if a more orderly liquidation or negotiated arrangement had taken place.

(See also *Husky Oil*, at para. 7.)

[88] The single proceeding model is focused on ensuring the orderly distribution of assets and reducing inefficiencies, and ultimately on maximizing global recovery for creditors. If, after the bankrupt’s discharge, that is, after the administration of the estate and the orderly distribution contemplated by the *BIA*, the province is allowed to compel a bankrupt to make payments outside the collective proceeding and to obtain property that

partage équitable de la *LFI* et le modèle de la procédure unique qui s’y rapporte. Cette approche est contraire à la présomption de validité constitutionnelle qui exige que « [c]haque fois qu’on peut légitimement interpréter une loi fédérale de manière qu’elle n’entre pas en conflit avec une loi provinciale, il faut appliquer cette interprétation de préférence à toute autre qui entraînerait un conflit » : *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 75, citant *Law Society of B.C.*, p. 356; *Marine Services*, par. 69.

[87] Le professeur Wood, à la p. 3, décrit ainsi la raison d’être de la procédure collective qui permet d’assurer un partage équitable :

[TRADUCTION] La course pour s’emparer des éléments d’actif en l’absence d’un régime collectif d’insolvabilité n’offre pas un environnement propice à une liquidation efficace et ordonnée. Le processus est inefficace parce que chaque créancier doit tenter séparément de faire valoir sa réclamation contre les biens du débiteur, ce qui entraîne un dédoublement des frais de recouvrement. La liquidation à la pièce des éléments d’actifs donne également lieu à un recouvrement bien inférieur à ce qu’il aurait été si une seule personne avait dirigé la liquidation. De la même façon, la course pour saisir les éléments d’actif ne crée pas un environnement très propice aux négociations avec les créanciers. Le créancier raisonnable qui est disposé à négocier avec le débiteur ne le fera probablement pas si les autres créanciers prennent des mesures concrètes pour emporter les biens réalisables du débiteur; il se sentira plutôt obligé de se jeter dans la mêlée pour saisir les biens. S’il est vrai que certains créanciers (ceux qui réussissent à frapper en premier) s’en tirent mieux dans un tel contexte, les créanciers, en tant que groupe, reçoivent moins que ce qu’ils auraient reçu dans le cadre d’une liquidation plus ordonnée ou d’un arrangement négocié.

(Voir aussi *Husky Oil*, par. 7.)

[88] Le modèle de la procédure unique vise à assurer le partage ordonné des biens et à réduire les inefficacités et, ultimement, à maximiser le recouvrement global des créanciers. Si, après la libération du failli, c’est-à-dire après l’administration de l’actif et le partage ordonné que prévoit la *LFI*, la province peut contraindre un failli à effectuer des paiements en dehors de la procédure collective, et obtenir des biens qui ne seraient pas, de toute façon,

would not, in any event, be distributed to the creditors as part of the bankruptcy process, I fail to see how the single proceeding model is disrupted. The assets to be distributed to creditors remain the same, and they are still allocated according to the bankruptcy scheme and any priorities it dictates. Whether or not s. 102 of the *TSA* operates after the discharge does not impact the orderly distribution to creditors, nor does it affect the pool of assets to be distributed to them. In this regard, the judgment debt is not “preferred” or given any kind of priority under the *BIA* scheme; it is quite simply unaffected by the bankruptcy process as a result of the provincial scheme in the same way as the other debts listed in s. 178(1) that are not released by the order of discharge. The operation of s. 102 does not cause any chaos or inefficiencies in the bankruptcy process. If anything, allowing s. 102 to operate increases global recovery for the other creditors while leaving the single proceeding intact.

[89] Thus, although it is clear that the purpose of s. 178(2) is to ensure the debtor’s financial rehabilitation and that s. 102 frustrates that purpose, I am not convinced that the operation of the provincial scheme in the context of this appeal interferes with the equitable distribution of assets, a purpose that is undoubtedly served by other provisions of the *BIA*, but not by s. 178.

VI. Disposition

[90] In my view, the doctrine of paramountcy dictates that s. 102 of the *TSA* is inoperative to the extent that it conflicts with the *BIA*, and in particular s. 178(2). Therefore, the province cannot withhold the respondent’s driving privileges on the basis of an unsatisfied but discharged judgment debt. I would dismiss the appeal with costs and answer the constitutional question as follows:

Is s. 102(2) of the Alberta *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, c. T-6, constitutionally inoperative by reason of the doctrine of federal paramountcy?

distribués aux créanciers dans le cadre du processus de faillite, je ne vois pas en quoi le modèle de la procédure unique est perturbé. Les éléments d’actif devant être partagés entre les créanciers demeurent les mêmes et sont quand même répartis conformément au régime de faillite et aux priorités qu’il dicte. Que l’article 102 de la *TSA* s’applique ou non après la libération n’a aucune incidence sur le partage ordonné des biens entre les créanciers, ni même d’effet sur l’ensemble de biens que ceux-ci peuvent se partager. À cet égard, la dette constatée par jugement n’est pas « privilégiée » et ne se voit pas non plus accorder une quelconque priorité sous le régime de la *LFI*; elle n’est tout simplement pas touchée par le processus de faillite en raison du régime provincial, au même titre que les autres dettes énumérées au par. 178(1) dont le failli n’est pas libéré par l’ordonnance de libération. L’application de l’art. 102 ne cause ni chaos ni inefficacités dans le processus de faillite. En fait, permettre l’application de l’art. 102 augmente le recouvrement global des autres créanciers, tout en préservant la procédure unique.

[89] Par conséquent, s’il est clair que le par. 178(2) vise la réhabilitation financière du débiteur et que l’art. 102 entrave la réalisation de cet objet, je ne suis pas convaincu que l’application du régime provincial dans le contexte du présent pourvoi fait obstacle au partage équitable des biens, un objet dont la réalisation est sans aucun doute visée par d’autres dispositions de la *LFI*, mais pas par l’art. 178.

VI. Dispositif

[90] À mon avis, la doctrine de la prépondérance fédérale dicte que l’art. 102 de la *TSA* est inopérant dans la mesure où il entre en conflit avec la *LFI*, et avec le par. 178(2) en particulier. La province ne peut donc pas priver l’intimé de ses droits de conducteur en raison d’une dette constatée par jugement qu’il n’a pas payée mais dont il a été libéré. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens, et de répondre à la question constitutionnelle de la façon suivante :

Le paragraphe 102(2) de la *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, c. T-6, de l’Alberta est-il inopérant du point de vue constitutionnel en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale?

Answer: Yes, s. 102 of the Alberta *Traffic Safety Act* is inoperative to the extent that it is used to enforce a debt discharged in bankruptcy.

The reasons of McLachlin C.J. and Côté J. were delivered by

[91] CÔTÉ J. — I agree that what is at the core of this appeal is the frustration of a federal purpose. Therefore, I concur with Gascon J. insofar as he finds that s. 102 of the Alberta *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, c. T-6 (“TSA”), frustrates the purpose of financial rehabilitation that underlies s. 178(2) of the federal *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“BIA”), and that s. 102 is accordingly inoperative to the extent of the conflict by reason of the doctrine of federal paramountcy. However, I do not believe that there is an operational conflict to speak of in this appeal.

[92] There is no doubt in my mind that s. 102 of the *TSA* allows Alberta to do indirectly what it is implicitly prohibited from doing under s. 178(2) of the *BIA*, but in light of the indirect nature of the conflict, this issue is properly dealt with on the basis of the second branch of the federal paramountcy test, not the first.

[93] In my respectful view, Gascon J.’s analysis contrasts with the clear standard that has been adopted for the purpose of determining whether an operational conflict exists in the context of the federal paramountcy test: impossibility of dual compliance as a result of an express conflict. My colleague’s approach conflates the two branches of the federal paramountcy test, or at a minimum blurs the difference between them and returns the jurisprudence to the state it was at before the second branch was recognized as a separate branch. And it has an additional serious adverse effect: by expanding the definition of conflict in the first branch, it increases the number of situations in which a federal law might be found to pre-empt a provincial law without an in-depth analysis of Parliament’s intent.

Réponse : Oui, l’art. 102 de la *Traffic Safety Act* de l’Alberta est inopérant dans la mesure où il permet de recouvrer une dette dont le débiteur a été libéré dans le cadre d’une faillite.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et de la juge Côté rendus par

[91] LA JUGE CÔTÉ — Je conviens que ce qui est au cœur du présent pourvoi est l’entrave à la réalisation de l’objectif fédéral. En conséquence, je souscris aux motifs du juge Gascon dans la mesure où il conclut que l’art. 102 de la loi *Traffic Safety Act* de l’Alberta, R.S.A. 2000, c. T-6 (« TSA »), entrave la réhabilitation financière du failli, qui est l’objet du par. 178(2) de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3 (« LFI »), et que l’art. 102 est donc inopérant dans la mesure du conflit, en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale. Cependant, je ne crois pas qu’il existe un conflit opérationnel en l’espèce.

[92] Il ne fait aucun doute, selon moi, que l’art. 102 de la *TSA* autorise l’Alberta à faire indirectement ce que le par. 178(2) de la *LFI* lui interdit implicitement de faire, mais le caractère indirect du conflit fait en sorte que la question doit être examinée sous le second volet de l’analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance fédérale, et non sous le premier volet.

[93] À mon humble avis, l’analyse du juge Gascon tranche avec la norme claire que cette Cour a retenue en vue de déterminer, dans le cadre de l’analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance fédérale, s’il existe un conflit opérationnel : l’impossibilité de se conformer aux deux lois en raison d’un conflit express. L’approche de mon collègue confond les deux volets de l’analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance fédérale, ou obscurcit à tout le moins la différence entre les deux et ramène la jurisprudence à l’état où elle se trouvait avant que le second volet soit reconnu comme volet distinct. Et cette approche a également une conséquence sérieuse : en élargissant la définition de conflit sous le premier volet, elle accroît le nombre de cas où une loi fédérale pourrait court-circuiter une loi provinciale sans que l’on analyse en profondeur l’intention du Parlement.

[94] To support his approach, my colleague relies on cases that were decided before “frustration of purpose” was recognized as a separate branch of the test. He also relies on subsequent decisions in which the two branches were confused. In my view, *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961 (“*M & D Farm*”), and *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, 2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86 (“*Lafarge*”), cannot be found to represent a consistent and coherent approach to the interplay between the two branches.

[95] In the case at bar, it is clear from the provisions themselves that as a result of how the two legislatures decided to exercise their respective powers, dual compliance is not impossible. The provincial and federal provisions at issue do not expressly conflict; they are different in terms of their contents and of the remedies that they provide. One of them does not permit what the other specifically prohibits.

[96] Under s. 178 of the *BIA*, a bankrupt is discharged from all claims provable in bankruptcy. That section says nothing more. One must be careful, in light of the federal purpose of financial rehabilitation, not to add words to the provision.

[97] Thus, s. 102 of the *TSA* does not revive an extinguished claim *per se*; if a debtor chooses not to drive, the province simply cannot enforce its claim. Rather, s. 102 allows the province to suspend a driver’s licence, which gives it some leverage to compel payment of the debt *if the driver decides to drive*. The bankrupt is still discharged in the literal sense of the words of s. 178(2) of the *BIA*. This is not a situation of express conflict in which one law says “yes” while the other says “no”. The two statutes answer different questions. In the end, the literal requirement of the federal statute is, strictly speaking, met. It therefore follows that the two acts can operate side by side without conflict. To conclude otherwise would be to disregard the distinct contents of the two provisions and the remedies that they provide.

[94] À l’appui de l’approche qu’il préconise, mon collègue cite des arrêts rendus avant que « l’entrave à la réalisation de l’objectif fédéral » ne soit reconnue comme un volet distinct de l’analyse. Il se fonde également sur des arrêts subséquents où cette Cour a confondu les deux volets. À mon avis, on ne peut affirmer que les arrêts *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961 (« *M & D Farm* »), et *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86 (« *Lafarge* »), abordent de manière uniforme et cohérente l’interaction entre les deux volets.

[95] En l’espèce, il appert clairement des dispositions elles-mêmes, en raison de la façon dont les deux législateurs ont décidé d’exercer leur compétence législative respective, que le respect des deux textes de loi n’est pas impossible. Les dispositions provinciale et fédérale en cause ne sont pas expressément en conflit; elles diffèrent de par leur contenu et les recours qu’elles offrent. L’une ne permet pas ce que l’autre interdit expressément.

[96] Aux termes de l’art. 178 de la *LFI*, un failli est libéré de toutes réclamations prouvables en matière de faillite. Cet article ne prévoit rien de plus. Il faut se garder, compte tenu de l’objectif fédéral de la réhabilitation financière du failli, d’ajouter des mots à cette disposition.

[97] Ainsi, l’art. 102 de la *TSA* ne fait pas revivre une réclamation éteinte en soi; si un débiteur choisit de ne pas conduire, la province ne peut tout simplement pas recouvrer sa créance. Cet article autorise plutôt la province à suspendre un permis de conduire, ce qui lui donne un moyen pour contraindre le débiteur à payer la dette *s’il décide de conduire*. Le failli demeure libéré au sens littéral du par. 178(2) de la *LFI*. Il ne s’agit pas d’un cas de conflit exprès où une loi dit « oui » et l’autre dit « non ». Les deux lois visent des objets différents. En bout de ligne, l’obligation littérale de la loi fédérale est, à proprement parler, respectée. Il s’ensuit donc que les deux lois peuvent coexister sans conflit. Conclure autrement signifierait faire abstraction du contenu distinct des deux dispositions et des recours qu’elles offrent.

[98] This is why I am of the view that this appeal must be decided on the basis of the frustration of a federal purpose, an issue in respect of which the applicable standard is higher, and that requires an in-depth analysis of Parliament’s intent.

VII. Impossibility of Dual Compliance

[99] In my colleague’s discussion of operational conflict, *impossibility* of dual compliance, instead of being at the forefront of the analysis, seems to be a secondary consideration. Yet it is the undisputed standard for determining whether an operational conflict exists, and one that very few cases will meet.

[100] In the jurisprudence, impossibility of dual compliance has become synonymous with operational conflict: see e.g. P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 16-4 (“Impossibility of dual compliance”). This may largely be due to this Court’s repeated emphasis on the definition of operational conflict articulated by Dickson J. (as he then was) in *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161 (“*Multiple Access*”): “. . . there is actual conflict in operation . . . where one enactment says ‘yes’ and the other says ‘no’; ‘the same citizens are being told to do inconsistent things’; compliance with one is defiance of the other” (p. 191 (emphasis added)).

[101] In *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, 2005 SCC 13, [2005] 1 S.C.R. 188 (“*Rothmans*”), Major J. stressed that *Multiple Access* is “often cited for the proposition that there is an inconsistency for the purposes of the doctrine if it is impossible to comply simultaneously with both provincial and federal enactments” (para. 11). Major J. also described an operational conflict as a situation in which the provincial law “mak[es] it impossible to comply” with the federal law (para. 14). Binnie and LeBel JJ. would subsequently state in *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, that provincial and federal laws

[98] C’est pourquoi j’estime que le présent pourvoi doit être tranché sous l’angle de l’entrave à la réalisation de l’objectif fédéral; l’analyse dans ce cas suppose que la norme applicable est plus élevée et exige un examen en profondeur de l’intention du Parlement.

VII. Impossibilité de se conformer aux deux lois

[99] Dans l’examen du conflit opérationnel auquel se livre mon collègue, *l’impossibilité* de se conformer aux deux lois semble être une considération secondaire au lieu de se trouver au premier plan de l’analyse. Cette impossibilité constitue pourtant la norme incontestée pour déterminer s’il existe un conflit opérationnel, et très peu de cas pourront satisfaire à cette norme.

[100] Dans la jurisprudence, l’impossibilité de se conformer aux deux lois est devenue synonyme de conflit opérationnel : voir, par exemple, P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), p. 16-4 (« *Impossibility of dual compliance* »). Il en est probablement ainsi en bonne partie parce que notre Cour a mis l’accent à maintes reprises sur la définition donnée au conflit opérationnel par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l’arrêt *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161 (« *Multiple Access* ») : « . . . il y a un conflit véritable [. . .] lorsqu’une loi dit “oui” et que l’autre dit “non”; “on demande aux mêmes citoyens d’accomplir des actes incompatibles”; l’observance de l’une entraîne l’inobservance de l’autre » (p. 191 (je souligne)).

[101] Dans l’arrêt *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188 (« *Rothmans* »), le juge Major a souligné que l’arrêt *Multiple Access* est « souvent cité à l’appui de la théorie que l’incompatibilité apparaît selon cette doctrine en cas d’impossibilité de respecter simultanément les textes législatifs provincial et fédéral » (par. 11). Il a aussi mentionné que le conflit opérationnel s’entend d’une situation où la loi provinciale « ren[d] impossible le respect » simultanément de la loi fédérale (par. 14). Les juges Binnie et LeBel ont affirmé par la suite dans *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3,

are incompatible where “it is impossible to comply with both laws” (para. 75). Impossibility of dual compliance continues to be the standard for conceptualizing operational conflict and determining whether one exists: see e.g. *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536 (“*COPA*”), at para. 64.

[102] The requirement of an “express contradiction”, discussed in *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241 (“*Spraytech*”), at para. 34, is inseparable from impossibility of dual compliance as a clear expression of the prudent measure of restraint displayed in the line of cases in which the first branch of the federal paramountcy test was developed. It echoes the proposition that for the two laws to conflict, each one has to say exactly the opposite of what the other says (one law says “yes” and the other says “no”). A less direct conflict is simply not enough.

[103] In *Canadian Western Bank*, Bastarache J. indicated that the only type of conflict capable of triggering the first branch is one that is “express” (para. 126). See also *Lafarge*, at para. 113. In *M & D Farm*, on which my colleague relies extensively, Binnie J., writing for the Court, acknowledged that the federal enactment will prevail only in the event of “an express contradiction” (para. 17). The Court had also previously used the expression “direct conflict” to characterize this requirement: *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59, at pp. 64-65. Peter W. Hogg states that the requirement is “a very tight restriction on the paramountcy doctrine, since cases where the provincial law expressly contradicts the federal law are few and far between”: “Paramountcy and Tobacco” (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 335, at p. 338 (emphasis added). In the absence of an express conflict, the two provisions are deemed to be capable of operating side by side. This idea also underlies the reasons of the majority in *COPA*, who found that there was no operational conflict, because the federal statute did not require the construction of an

qu’il y a incompatibilité entre les législations provinciale et fédérale lorsqu’« il est impossible de se conformer aux deux législations » (par. 75). L’impossibilité de se conformer aux deux lois demeure la norme à appliquer pour cerner la notion de conflit opérationnel et déterminer s’il en existe un : voir, par exemple, *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536 (« *COPA* »), par. 64.

[102] L’exigence d’un « conflit explicite » proposée dans *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241 (« *Spraytech* »), par. 34, est indissociable de l’impossibilité de se conformer aux deux lois. C’est là l’expression claire de la retenue prudente dont cette Cour a fait preuve dans la série d’arrêts où a été élaboré le premier volet de l’analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance fédérale. Cette approche adopte le principe voulant que, pour que les deux lois entrent en conflit, chacune doit dire exactement le contraire de ce que dit l’autre (l’une dit « oui » et l’autre dit « non »). Un conflit moins direct ne suffit tout simplement pas.

[103] Dans *Banque canadienne de l’Ouest*, le juge Bastarache a indiqué que le seul type de conflit auquel le premier volet de l’analyse peut s’appliquer est le conflit « explicite » (par. 126). Voir aussi *Lafarge*, par. 113. Dans l’arrêt *M & D Farm*, sur lequel mon collègue s’appuie largement, le juge Binnie, au nom des juges majoritaires, a reconnu que le texte de loi fédéral aura priorité seulement dans le cas d’une « contradiction expresse » (par. 17). La Cour avait aussi employé auparavant l’expression « conflit direct » pour qualifier cette exigence : *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d’alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59, p. 64-65. Peter W. Hogg a écrit que l’exigence [TRADUCTION] « restreint énormément la doctrine de la prépondérance fédérale car les cas où la loi provinciale contredit explicitement la loi fédérale sont peu nombreux » : « Paramountcy and Tobacco » (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 335, p. 338 (je souligne). En l’absence d’un conflit exprès, les deux dispositions sont réputées pouvoir coexister. Cette idée sous-tend également les motifs de la majorité dans *COPA*, dans lequel la Cour a conclu à l’absence

aérodrome, whereas the provincial law prohibited it (para. 65).

[104] In light of the modern jurisprudence, this restrained approach to operational conflict is therefore inescapable. There are good reasons for maintaining such a strict standard for operational conflict. Iacobucci J. (dissenting, but not on this point) explained the rationale behind it in *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453:

In closing, although I find there to be no conflict between s. 133(1) and the *Bankruptcy Act*, I posit that, even if there were to be some element of conflict, this must be evaluated in light of the fact that the provincial legislation is *intra vires*. Legislation that is *intra vires* is permitted to have an incidental and ancillary effect on a federal sphere. I would emphasize again that this Court has traditionally declined to invoke the paramountcy doctrine in the absence of actual operational conflict. I am uncomfortable with the “water-tight” approach to federal bankruptcy legislation propounded by the respondents. To interpret the quartet as requiring the invalidation of provincial laws which have any effect on the bankruptcy process is to undermine the theory of co-operative federalism upon which (particularly post-war) Canada has been built. In *Deloitte Haskins [and Sells Ltd. v. Workers’ Compensation Board]*, [1985] 1 S.C.R. 785], at pp. 807-8, Wilson J. recognized it to be appropriate to adopt as narrow a definition of operational conflict as possible in order to allow each level of government as much area of activity as possible within its respective sphere of authority. [Emphasis added; para. 162.]

Such a high standard is consistent with co-operative federalism and with the idea, as eloquently expressed by my colleague Abella J. for the majority in *NIL/TU, O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees’ Union*, 2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696, that “[t]oday’s constitutional landscape is painted with the brush of co-operative federalism”, which requires that courts accept an overlap “between the exercise of federal and provincial competencies” as inevitable (para. 42). If, in practice, the wording of the statutes

d’un conflit opérationnel puisque la loi fédérale n’exigeait pas la construction d’un aérodrome, alors que la loi provinciale l’interdisait (par. 65).

[104] La jurisprudence moderne rend donc inéluctable cette façon restreinte d’aborder le conflit opérationnel. Il y a de bonnes raisons pour justifier le maintien d’une norme aussi stricte relative au conflit opérationnel. Dans *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, le juge Iacobucci (dissident mais non sur ce point) en a expliqué la raison d’être :

Pour terminer, bien que je conclue qu’il n’existe pas de conflit entre le par. 133(1) et la *Loi sur la faillite*, je pose comme principe que, même s’il existait une certaine mesure d’incompatibilité entre les deux textes, il faut examiner cette question en tenant pour acquis que la loi provinciale est constitutionnelle. Une loi provinciale constitutionnelle peut avoir un effet incident et accessoire sur un domaine de compétence fédérale. Je tiens à souligner, de nouveau, que notre Cour a traditionnellement refusé d’appliquer la règle de la prépondérance en l’absence d’un conflit réel d’application. Je suis mal à l’aise avec la façon « étanche » d’aborder la loi fédérale en matière de faillite, que les intimés préconisent. Interpréter le quatuor d’arrêts comme requérant l’invalidation des lois provinciales qui ont une incidence quelconque sur le processus de faillite minerait la théorie du fédéralisme coopératif sur laquelle le Canada (plus particulièrement celui d’après-guerre) a été érigé. Comme l’a reconnu le juge Wilson dans l’arrêt *Deloitte Haskins [and Sells Ltd. c. Workers’ Compensation Board]*, [1985] 1 R.C.S. 785], aux pp. 807-808, il convient de restreindre autant que possible la définition de l’expression « conflit d’application » pour que chaque palier de gouvernement puisse exercer autant d’activités que possible dans sa propre sphère de compétence. [Je souligne; par. 162.]

Une norme aussi élevée est conforme au fédéralisme coopératif et à l’idée, exprimée avec tant d’éloquence par ma collègue la juge Abella dans *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees’ Union*, 2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696, que « [l]e paysage constitutionnel actuel a pris une teinte de fédéralisme coopératif » qui oblige les tribunaux à accepter l’inéluctabilité d’un chevauchement « entre l’exercice des compétences fédérales et provinciales » (par. 42). S’il est possible en pratique

makes it possible to comply with both of them, then co-operative federalism requires this Court to find that the federal and provincial statutes are compatible, at least at the first stage of the analysis. If there is a doubt in this regard, the issue should be addressed at the second stage, since an interpretation of the federal and provincial legislation that results in a finding of compatibility should be favoured at the first stage.

[105] This is where I cannot agree with my colleague. Rather than assessing the possibility of dual compliance and the existence or absence of an express operational conflict, Gascon J. begins by characterizing the effect of s. 102 of the *TSA*. In his view, that effect is to permit the enforcement of a discharged debt. He then finds that compelling the payment of such a debt is prohibited by s. 178(2) of the *BIA*, as its purpose is to give the bankrupt a fresh start. My colleague interprets s. 178(2) of the *BIA* broadly on the basis of Parliament's intent to foster the financial rehabilitation of the bankrupt, and this results in a conflict. In other words, rather than considering whether to comply with one statute is to defy the other, he considers whether the effects of the provincial statute seem to be incompatible with the federal prohibition. Instead of considering only the actual words of both provisions, he takes into account their purposes and their effects.

[106] As I mentioned above, his analysis thus conflates the two branches of the federal paramountcy test, or at a minimum blurs the difference between them and returns the jurisprudence to the state it was at before the second branch was recognized as a separate branch.

[107] With all due respect, as the Chief Justice stated in *COPA*, the two branches of the modern federal paramountcy test relate to “two different forms of conflict” (para. 64). See also *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53 (“*Marine Services*”), at

de respecter les deux lois en raison de leur libellé, alors le fédéralisme coopératif oblige notre Cour à conclure que les lois fédérale et provinciale sont compatibles, du moins à la première étape de l'analyse. En cas de doute à ce sujet, c'est à la deuxième étape qu'il convient d'examiner la question puisqu'une interprétation des lois fédérale et provinciale qui mène à la conclusion que les lois sont compatibles doit être favorisée à la première étape.

[105] C'est ici que je ne puis souscrire à l'opinion de mon collègue. Plutôt que d'évaluer la possibilité de se conformer simultanément aux deux lois et de déterminer l'existence ou l'absence d'un conflit opérationnel exprès, le juge Gascon commence par qualifier l'effet de l'art. 102 de la *TSA*. Selon lui, cette disposition permet le recouvrement d'une dette dont le débiteur a été libéré. Il conclut ensuite que le fait d'exiger le paiement de cette dette est interdit par le par. 178(2) de la *LFI*, celui-ci ayant pour objectif de permettre au failli de prendre un nouveau départ. Se fondant sur l'intention du Parlement de favoriser la réhabilitation financière du failli, mon collègue donne au par. 178(2) de la *LFI* une interprétation large qui résulte en un conflit. En d'autres termes, plutôt que d'examiner si l'observance d'une loi entraîne l'inobservance de l'autre, il se demande si les effets de la loi provinciale semblent contraires à l'interdiction fédérale. Au lieu d'examiner seulement le libellé des deux dispositions, il prend en considération leurs objets et leurs effets.

[106] Comme je l'ai déjà indiqué, je suis d'avis que son analyse confond les deux volets de l'analyse de la doctrine de la prépondérance fédérale, ou atténuée à tout le moins la différence entre ces deux volets, et ramène la jurisprudence dans l'état où elle se trouvait avant que le second volet ne soit reconnu en tant que volet distinct.

[107] Avec respect, les deux volets de l'analyse moderne de la doctrine de la prépondérance fédérale ont trait à « [d]eux formes de conflit différentes », comme la Juge en chef l'a affirmé dans l'arrêt *COPA* (par. 64). Voir également *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC

para. 68. While it is true that they overlap, it is not true that a finding of an operational conflict in the first branch will necessarily entail a finding of frustration of a federal purpose in the second branch. An overlap between the two forms of conflict does not mean the branches are necessarily redundant. The party that invokes the frustration of a federal purpose bears the burden of proof, and the standard of proof is high: *COPA*, at para. 66. The federal scheme may be drafted in a manner that does not match the record of Parliament's intent, but that results in an express conflict with a provincial law. If the frustration of a federal purpose can be used to find that an operational conflict exists, there is really no point in having two branches of the test. If the Court wishes to merge the two branches, it cannot do so without overruling *Rothmans*, *COPA* and *Marine Services* on this point.

[108] The first branch of the federal paramountcy test is concerned with incompatibility *of the provisions*, that is, an incompatibility that is evident on the face of the provisions themselves. An analysis in this regard takes the federal statute as a starting point and focusses on its actual wording. This analysis requires an inquiry, based on the wording of the federal statute, into whether there is room for the provincial law to operate. In this context, the content of each of the laws and the remedies that they provide are of considerable importance.

[109] For all these reasons, even a superficial possibility of dual compliance will suffice for a court to conclude that there is no operational conflict: *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113 ("*Mangat*"), at para. 72. By the same logic, a duplication of federal and provincial legislation will not on its own amount to operational conflict: *Multiple Access*, at p. 190, per Dickson J. for the majority. In addition, where federal legislation is broad and permissive, a restrictive provincial scheme will usually be deemed not to conflict with

44, [2013] 3 R.C.S. 53 (« *Marine Services* »), par. 68. S'il est vrai qu'il existe un chevauchement entre les deux volets, il est inexact d'affirmer que la constatation d'un conflit opérationnel au premier volet de l'analyse entraînera nécessairement au second volet une conclusion que la réalisation de l'objectif fédéral a été entravée. L'existence d'un chevauchement entre les deux formes de conflit ne signifie pas que les deux volets sont nécessairement redondants. Le fardeau de la preuve incombe à la partie qui invoque l'entrave à la réalisation de l'objectif fédéral, et la norme de preuve est élevée : *COPA*, par. 66. La loi fédérale peut être rédigée d'une façon qui ne correspond pas à l'intention du législateur, mais cela peut néanmoins entraîner un conflit exprès avec une loi provinciale. Si une cour peut se fonder sur l'entrave à l'objectif fédéral pour conclure à l'existence d'un conflit opérationnel, il ne sert à rien de conserver une analyse en deux volets. Si la Cour désire fusionner les deux volets, elle ne peut le faire sans infirmer sur ce point les arrêts *Rothmans*, *COPA* et *Marine Services*.

[108] Le premier volet de l'analyse de la doctrine de la prépondérance fédérale concerne l'incompatibilité *entre les dispositions*, soit une incompatibilité ressortissant à première vue des dispositions elles-mêmes. Le premier volet de l'analyse prend la loi fédérale comme point de départ et ne porte que sur son libellé. Dans le cadre de cette analyse, le tribunal doit déterminer si, compte tenu uniquement du texte de la loi fédérale, la loi provinciale peut elle aussi s'appliquer. Dans ce contexte, le contenu des deux lois et les recours qu'elles offrent revêtent une grande importance.

[109] Pour toutes ces raisons, même une possibilité superficielle de se conformer aux deux lois suffit pour qu'un tribunal conclue à l'absence de conflit opérationnel : *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113 (« *Mangat* »), par. 72. Suivant la même logique, la duplication d'une loi fédérale et d'une loi provinciale ne donne pas lieu à un conflit opérationnel : *Multiple Access*, p. 190, le juge Dickson, au nom des juges majoritaires. En outre, lorsqu'une loi fédérale est générale et permissive, un régime

it, because it will be possible to comply with both of them by conforming to the more restrictive provincial law: *Quebec (Attorney General) v. Canada (Human Resources and Social Development)*, 2011 SCC 60, [2011] 3 S.C.R. 635, at para. 20. Such was the case in *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121 (“*Bank of Montreal*”), *Spraytech, Rothmans and COPA*.

[110] If the federal law is prohibitive, as in the case at bar, the question becomes what *exactly* it prohibits. If the provincial law allows the very same thing the federal law prohibits, there is an operational conflict. If it does not do so, the analysis shifts to the second branch.

[111] My colleague contends, relying on *Marine Services*, that the modern approach to statutory interpretation applies to ambiguous federal statutes. According to him, the analysis regarding an express conflict cannot be limited to a literal reading of the statute. Parliament’s intent can thus be used to find that an operational conflict exists where there would otherwise be none.

[112] With all due respect, *Marine Services* does not stand for that proposition; rather, it reaffirms the idea that co-operative federalism supports an interpretation of the federal and provincial legislation that results in a finding of compatibility at the first stage of the test. In *Marine Services*, this Court resolved the ambiguity in the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6, by finding that “[a]n interpretation recognizing the absence of conflict between the statutes is borne out by the broader context, the scheme and object of the *MLA* and Parliament’s intent” (para. 79). Yet Gascon J. is doing the opposite, that is, concluding that an operational conflict exists even though there is an interpretation of the two laws that results in a finding of compatibility.

[113] If permissive federal legislation is to be interpreted restrictively in order to avoid an operational conflict, I see no reason to generally treat

provincial restrictif ne sera pas considéré comme entrant en conflit avec la loi fédérale parce qu’il est possible de respecter les deux lois en se conformant à la loi provinciale plus restrictive : *Québec (Procureur général) c. Canada (Ressources humaines et Développement social)*, 2011 CSC 60, [2011] 3 R.C.S. 635, par. 20. Tel était le cas dans *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121 (« *Banque de Montréal* »), *Spraytech, Rothmans et COPA*.

[110] Si la loi fédérale est prohibitive, comme en l’espèce, il faut alors se demander ce qu’elle interdit *exactement*. Si la loi provinciale autorise la chose même qu’interdit la loi fédérale, il existe un conflit opérationnel. Sinon, le second volet de l’analyse entre en jeu.

[111] S’appuyant sur l’arrêt *Marine Services*, mon collègue soutient que la méthode moderne d’interprétation des lois s’applique aux textes législatifs ambigus. Selon lui, l’analyse relative à l’existence d’un conflit exprès ne doit pas se limiter à une lecture littérale de la disposition législative. L’intention du législateur fédéral peut servir pour conclure à l’existence d’un conflit opérationnel là où il n’y en aurait pas autrement.

[112] Avec égards, ce n’est pas ce qu’affirme l’arrêt *Marine Services*; il réaffirme plutôt l’idée que le fédéralisme coopératif appuie une interprétation des lois fédérale et provinciale qui mène, sous le premier volet de l’analyse, à la conclusion que les lois sont compatibles. Dans *Marine Services*, notre Cour a résolu l’ambiguïté que comportait la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, c. 6, lorsqu’elle a conclu que « [l]’interprétation selon laquelle il y a absence de conflit en l’espèce est confirmée par le contexte général, l’esprit et l’objet de la *LRMM*, ainsi que par l’intention du législateur » (par. 79). Le juge Gascon pour sa part conclut à l’existence d’un conflit opérationnel même si une interprétation des deux lois peut mener à la conclusion qu’elles sont compatibles.

[113] S’il faut interpréter restrictivement une loi fédérale permissive afin d’éviter un conflit opérationnel, je ne vois aucune raison d’accorder de

ambiguous provisions differently. Following my colleague's approach, the frustration of federal purpose analysis can result in findings of two different forms of conflict. That is clearly not the conclusion this Court reached in *Bank of Montreal*. It should be noted that the federal provision at issue in that case could easily have been characterized as being ambiguous. Thus, a broader interpretation could have been adopted to the effect that Parliament's intent resulted in an operational conflict; instead, the Court considered it necessary to extend the federal paramountcy test by creating the frustration of purpose branch. Whereas Parliament's intent had originally been irrelevant to the federal paramountcy test, it would now be the touchstone of this new branch.

[114] The Court has never really addressed the interrelation between the two branches. In many cases from both before and after *Rothmans, Canadian Western Bank* and *COPA*, it seems to me that the two branches have been confused, as the Court has concluded that there was an operational conflict in the context of the first branch while referring to the federal purpose.

[115] For instance, Gonthier J., writing for the majority in *Husky Oil*, found that there was a "clear operational conflict in that ss. 133(1) and (3) in their operation together entail a reordering or subverting of the federal order of priorities under the *Bankruptcy Act*" (para. 87). As the Ontario Court of Appeal noted in its reasons in the companion case, *Canada (Superintendent of Bankruptcy) v. 407 ETR Concession Company Ltd.*, 2013 ONCA 769, 118 O.R. (3d) 161, the decision of the majority in *Husky Oil* is best understood as one involving frustration of federal purpose rather than operational conflict:

Although not so described in the case, in my view, the majority in *Husky Oil* is best understood as a decision involving frustration of a federal purpose rather than an

façon générale un traitement différent aux dispositions ambiguës. Suivant l'approche de mon collègue, l'intention du Parlement peut donner lieu à deux formes de conflit différentes. Telle n'est manifestement pas la conclusion à laquelle notre Cour est parvenue dans *Banque de Montréal*. Il convient de signaler que dans cette affaire, on aurait pu facilement qualifier d'ambiguë la disposition fédérale en cause. Ainsi, la Cour aurait pu adopter une interprétation plus large suivant laquelle l'intention du législateur entraînait un conflit opérationnel; pourtant, la Cour a estimé nécessaire d'élargir l'analyse de la doctrine de la prépondérance fédérale en considérant un deuxième volet, soit celui de l'entrave à la réalisation de l'objectif fédéral. Alors qu'à l'origine, l'intention du Parlement n'était pas pertinente dans l'analyse de la doctrine de la prépondérance fédérale, elle devenait désormais la pierre d'assise de ce nouveau volet.

[114] La Cour n'a jamais vraiment traité de l'interaction entre les deux volets de l'analyse. Dans de nombreux arrêts, tant avant qu'après *Rothmans, Banque canadienne de l'Ouest* et *COPA*, il me semble que la Cour a confondu les deux volets en concluant à l'existence d'un conflit opérationnel dans l'analyse sous le premier volet tout en traitant de l'objectif du Parlement fédéral.

[115] Par exemple, dans *Husky Oil*, le juge Gonthier, écrivant pour la majorité, a conclu qu'il existait « une incompatibilité d'application manifeste vu que l'application conjuguée des par. 133(1) et (3) a pour effet de modifier l'ordre de priorité établi par la *Loi sur la faillite* fédérale, ou d'y contrevenir » (par. 87). Comme l'a fait remarquer la Cour d'appel de l'Ontario dans ses motifs dans l'affaire connexe à la présente *Canada (Superintendent of Bankruptcy) c. 407 ETR Concession Company Ltd.*, 2013 ONCA 769, 118 O.R. (3d) 161, il faut considérer le jugement majoritaire dans *Husky Oil* comme une décision fondée sur l'entrave à la réalisation de l'objectif fédéral plutôt que sur un conflit opérationnel :

[TRADUCTION] Bien qu'il ne soit pas décrit de cette façon dans cette affaire, le jugement majoritaire dans *Husky Oil* doit être qualifié, selon moi, de décision portant sur

operational conflict. Firstly, the majority did not rely on *Multiple Access* but on *Hall*, a case which is now viewed as a frustration of purpose decision. Secondly, the majority relied on the effect of the provincial legislation and indirect conflict to ground its paramountcy analysis and not the strict operational conflict test found in *Multiple Access*. [para. 75]

[116] In *Lafarge*, the majority did recognize the two branches of the federal paramountcy test, but stated the test incorrectly:

We restated the requirements for federal paramountcy in our reasons in *Canadian Western Bank*. The party raising the issue must establish the existence of valid federal and provincial laws and the impossibility of their simultaneous application by reason of an operational conflict or because such application would frustrate the purpose of the enactment, as explained by our Court in *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, [2005] 1 S.C.R. 188, 2005 SCC 13, at paras. 11-14. (See also *Law Society of British Columbia v. Mangat*, [2001] 3 S.C.R. 113, 2001 SCC 67, at paras. 68-71; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121.) [para. 77]

[117] The conflation of frustration of a purpose with impossibility of dual compliance is even more apparent at para. 75 of that case, where the majority stated that the two statutes “would create an operational conflict that would flout the federal purpose”. Interestingly, the majority did not refer to an operational conflict in terms of impossibility of dual compliance or a situation in which one enactment says “yes” and the other says “no”. They merely applied *M & D Farm* and found that there was an operational conflict, just as my colleague proposes to do in the case at bar. In my opinion, *Lafarge* should also be understood as a decision involving the frustration of a federal purpose rather than an operational conflict.

l’entrave à la réalisation de l’objectif fédéral plutôt que de décision sur un conflit opérationnel. Premièrement, les juges majoritaires se sont appuyés non pas sur *Multiple Access* mais sur *Hall*, un arrêt que l’on considère maintenant comme une décision fondée sur l’entrave à la réalisation de l’objectif fédéral. Deuxièmement, la majorité s’est fondée sur l’effet de la loi provinciale et le conflit indirect pour justifier son analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance, et non sur le critère strict de conflit opérationnel établi dans *Multiple Access*. [par. 75]

[116] Dans *Lafarge*, les juges majoritaires ont bel et bien reconnu les deux volets de l’analyse de la doctrine de la prépondérance fédérale, mais ont incorrectement formulé le critère d’analyse :

Dans nos motifs dans l’arrêt *Banque canadienne de l’Ouest*, nous avons reformulé les conditions requises pour que s’applique la prépondérance fédérale. La partie soulevant la question doit établir l’existence de lois fédérale et provinciale valides et l’impossibilité qu’elles s’appliquent simultanément en raison d’un conflit d’application ou parce que cette application entraverait la réalisation de l’objet du texte législatif, comme notre Cour l’a expliqué dans l’arrêt *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, [2005] 1 R.C.S. 188, 2005 CSC 13, par. 11-14. (Voir également *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113, 2001 CSC 67, par. 68-71; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121.) [par. 77]

[117] Cette confusion entre l’entrave à la réalisation de l’objectif fédéral et l’impossibilité de se conformer simultanément aux deux lois est encore plus évidente au par. 75 de cet arrêt, où les juges majoritaires affirment que les deux lois « créeraient un conflit d’application qui ferait fi de l’objectif fédéral ». Il est intéressant de noter que la majorité n’a pas fait mention de l’impossibilité de se conformer aux deux lois ou du fait qu’un texte législatif dit « oui » et que l’autre dit « non ». Dans l’analyse du conflit opérationnel, les juges majoritaires ont simplement appliqué *M & D Farm* et conclu qu’il existait un conflit opérationnel, tout comme mon collègue propose de le faire en l’espèce. À mon sens, l’arrêt *Lafarge* devrait lui aussi être considéré comme une décision portant sur l’entrave à la réalisation de l’objectif fédéral plutôt que sur un conflit opérationnel.

[118] Although *M & D Farm* was decided on the basis of an operational conflict, it is not helpful authority on the modern doctrine of federal paramountcy either, as Binnie J. made no distinction between the first and second branches of the federal paramountcy test. At the time that case was decided, the concept of frustration of purpose had been referred to in *Bank of Montreal*, but this Court had not yet explicitly recognized the two branches of the federal paramountcy test. Although the Court found in *M & D Farm* that there was an operational conflict, in doing so it relied on passages from *Bank of Montreal* in which La Forest J. had inquired into whether “requir[ing] the bank to defer to the provincial legislation is to displace the legislative intent of Parliament” (*Bank of Montreal*, at p. 153; see *M & D Farm*, at para. 41). I agree that there was in fact an operational conflict in *M & D Farm*, but for different reasons, as I will explain below.

[119] Finally, in *Mangat*, the federal legislation (*Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2) permitted non-lawyers to appear on behalf of clients before the Immigration and Refugee Board (ss. 30 and 69(1)). The provincial legislation (*Legal Profession Act*, S.B.C. 1987, c. 25) prohibited non-lawyers from practising law. As defined in s. 1 of the *Legal Profession Act*, the expression “practice of law” included “appearing as counsel or advocate” in the expectation of a fee. Mr. Mangat was an immigration consultant. The Law Society of British Columbia applied for a permanent injunction to prevent him from practising law. The Court found the law to be inoperative, but used the term “operational conflict” in respect of both branches of the paramountcy test:

In this case, there is an operational conflict as the provincial legislation prohibits non-lawyers to appear for a fee before a tribunal but the federal legislation authorizes

[118] Bien que l’affaire *M & D Farm* ait été tranchée sur la base d’un conflit opérationnel, cette affaire ne constitue pas un précédent utile quant à la doctrine moderne de la prépondérance fédérale, car le juge Binnie n’a pas fait de distinction entre les premier et second volets de l’analyse de la doctrine de la prépondérance fédérale. À l’époque où cet arrêt a été rendu, la notion d’entrave à la réalisation de l’objectif fédéral avait été évoquée dans *Banque de Montréal*, mais notre Cour n’avait pas encore reconnu explicitement les deux volets de l’analyse de la doctrine de la prépondérance fédérale. Même si elle a conclu à l’existence d’un conflit opérationnel dans *M & D Farm*, en ce faisant, notre Cour s’est fondée sur des extraits de l’arrêt *Banque de Montréal* où le juge La Forest se demandait si le fait d’« obliger la banque à respecter la loi provinciale, c’est écarter l’intention du Parlement » (*Banque de Montréal*, p. 153; voir *M & D Farm*, par. 41). Je suis d’accord pour dire qu’il y avait effectivement un conflit opérationnel dans *M & D Farm*, mais pour des motifs différents, comme je l’expliquerai plus loin.

[119] Enfin, dans *Mangat*, la loi fédérale (*Loi sur l’immigration*, L.R.C. 1985, c. I-2) permettait à des non-avocats de comparaître comme représentant d’un justiciable devant la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (art. 30 et par. 69(1)). La loi provinciale (*Legal Profession Act*, S.B.C. 1987, c. 25) interdisait aux non-avocats de pratiquer le droit. Suivant la définition contenue à l’art. 1 de la *Legal Profession Act*, l’expression [TRADUCTION] « exercice du droit » englobait « la comparution à titre d’avocat » dans l’espoir d’obtenir une rétribution. Monsieur Mangat était consultant en immigration. Le Barreau de la Colombie-Britannique a demandé une injonction permanente afin de l’empêcher de pratiquer le droit. La Cour a jugé la loi provinciale inopérante, mais elle a employé l’expression « conflit d’application » dans l’examen qu’elle a fait des deux volets de l’analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance :

En l’espèce, il existe un conflit d’application étant donné que les dispositions législatives provinciales interdisent aux non-avocats de comparaître, moyennant

non-lawyers to appear as counsel for a fee. At a superficial level, a person who seeks to comply with both enactments can succeed either by becoming a member in good standing of the Law Society of British Columbia or by not charging a fee. Complying with the stricter statute necessarily involves complying with the other statute. However, following the expanded interpretation given in cases like *M & D Farm* and *Bank of Montreal*, supra, dual compliance is impossible. . . .

This case should be distinguished from *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40. In that case, it was possible to comply with the federal, provincial, and municipal statutes or regulations without defeating Parliament's purpose. As previously shown, in this case, it is impossible to comply with the provincial statute without frustrating Parliament's purpose. [Emphasis added; paras. 72-73.]

[120] In my view, the Court actually found in that case that there was no operational conflict (as that concept is understood today), as it noted in the above passage that the statutes at issue allowed dual compliance at a “superficial level”; the words “superficial level” corresponded to the operational conflict branch. And it then found that dual compliance was not possible on the basis of an “expanded interpretation”, citing *M & D Farm* and *Bank of Montreal*; the words “expanded interpretation” referred to the frustration of purpose branch.

[121] In light of the above cases, I find it difficult to conclude, as my colleague urges me to do, that the approach taken by this Court on this issue has been entirely consistent.

[122] Although this Court's past decisions are not always helpful when it comes to drawing a distinction between the two branches, they do support three propositions: (1) that the applicable standard for the first branch is *impossibility* of dual compliance caused by an express conflict, (2) that this is a high standard that should be applied with restraint, and only in very few cases, and (3) that the two

rétribution, devant un tribunal, alors que les dispositions législatives fédérales leur permettent de le faire. À première vue, une personne peut réussir à se conformer aux deux textes de loi en devenant membre en règle du Barreau de la Colombie-Britannique ou en n'exigeant pas de rétribution. L'observance de la loi la plus stricte entraîne nécessairement le respect de l'autre. Cependant, compte tenu de l'interprétation élargie que notre Cour a donnée dans des arrêts comme *M & D Farm* et *Banque de Montréal*, précités, le double respect est impossible . . .

Il y a lieu de distinguer la présente affaire de l'arrêt *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40. Dans cette affaire, il était possible de se conformer aux lois ou aux règlements fédéraux, provinciaux et municipaux sans déjouer l'intention du Parlement. Comme je l'ai montré précédemment, il est impossible en l'espèce d'observer la loi provinciale sans déjouer l'intention du Parlement. [Je souligne; par. 72-73.]

[120] Selon moi, la Cour a effectivement estimé dans cette affaire qu'il n'y avait pas de conflit opérationnel (au sens que l'on donne à cette notion aujourd'hui), car elle a indiqué dans l'extrait ci-dessus que les lois en cause se prêtaient à une application simultanée, même au niveau superficiel; le mot superficiel correspondait au volet relatif au conflit opérationnel. Et la Cour a alors conclu, citant *M & D Farm* et *Banque de Montréal*, que l'application simultanée n'était pas possible en raison d'une « interprétation élargie »; les mots « interprétation élargie » se rapportaient au volet relatif à l'entrave à la réalisation de l'objectif fédéral.

[121] À la lumière des arrêts ci-dessus, il m'est difficile de conclure, comme le fait mon collègue, que l'approche suivie par notre Cour sur cette question s'est toujours avérée cohérente.

[122] Bien que la jurisprudence antérieure de notre Cour ne permette pas toujours de distinguer le premier volet du second, trois propositions s'en dégagent : (1) la norme applicable au premier volet est celle de *l'impossibilité* de se conformer simultanément aux deux lois en raison d'un conflit exprès, (2) la norme pour déterminer si telle impossibilité existe est élevée et ne devrait être appliquée qu'avec

branches are distinct and address different forms of conflict.

[123] Consequently, I find that the analysis at the first stage should really be as simple as the Alberta Court of Appeal put it, and it is no surprise to me that both parties made next to no submissions on the point. The determining question is whether the province's legislation provides a path on which dual compliance is possible. Because such a path exists in this case as a result of the wording of the two provisions, dual compliance cannot be found to be impossible. Unlike in *M & D Farm*, the two statutes in the instant case have different contents and provide for different remedies. Since the bankrupt is under no compulsion in this regard, he or she can either opt not to drive or voluntarily pay the discharged debt, in which case there will be no operational conflict between the provincial and federal laws. The only thing Alberta can do is suspend a bankrupt's driver's licence.

[124] It is important to note that although operational conflict and frustration of purpose are described as two "branches" of a single test, either one is sufficient to trigger the application of the doctrine of federal paramountcy. Where enactments are found to be in operational conflict, the inquiry can end there without further investigation into the purposes of the enactments. A high standard at the first stage merely means that in most cases, the purpose and effects of the legislation at issue will need to be analyzed at the second stage.

[125] Requiring courts to deal with the issue in the second branch has many advantages. For the frustration of purpose analysis, the federal legislative intent with which the provincial law is alleged to be incompatible must be established by the party relying on it. Clear proof of intent is required. The party must first establish the purpose of the relevant federal statute and then prove that the provincial law is

retenue, et dans très peu de cas seulement, et (3) les deux volets sont distincts et s'appliquent à des formes différentes de conflit.

[123] Par conséquent, j'estime que l'analyse requise sous le premier volet est vraiment aussi simple que l'a dit la Cour d'appel de l'Alberta. Je ne suis donc pas surprise que les deux parties n'aient presque pas présenté d'observations sur ce point. La question déterminante est de savoir si la loi provinciale laisse la possibilité de se conformer aux deux lois. Puisque la possibilité existe en l'espèce, du fait du libellé des deux dispositions, on ne peut conclure à l'impossibilité de se conformer aux deux lois. Contrairement à la situation dans l'affaire *M & D Farm*, les deux lois en l'espèce diffèrent de par leur contenu et les recours qu'elles offrent. Étant donné qu'il n'est pas tenu d'exercer un choix, le failli peut choisir soit de ne pas conduire, soit de payer volontairement la dette dont il a été libéré; il n'y a donc pas de conflit opérationnel entre les lois provinciale et fédérale. La seule mesure que peut prendre la province est la suspension du permis de conduire.

[124] Il importe de signaler que, même si le conflit opérationnel et l'entrave à la réalisation de l'objectif fédéral sont décrits comme deux « volets » d'une même analyse, l'existence de l'un ou l'autre suffit pour que s'applique la doctrine de la prépondérance fédérale. Lorsqu'on conclut à l'existence d'un conflit opérationnel entre deux textes de loi, l'analyse peut s'arrêter là sans que l'on étudie plus à fond leurs objets respectifs. L'application d'une norme élevée sous le premier volet signifie simplement que dans la plupart des cas, l'objet et les effets de la loi en cause devront être analysés sous le deuxième volet.

[125] Obliger les tribunaux à étudier la question au second volet comporte de nombreux avantages. Dans le contexte de l'analyse portant sur l'entrave à la réalisation de l'objectif fédéral, la partie qui invoque l'incompatibilité de la loi provinciale avec l'intention du législateur fédéral doit démontrer cette incompatibilité. Une preuve claire de l'intention est requise. La partie doit d'abord établir l'objectif du

incompatible with or frustrates this purpose: *COPA*, at para. 66.

[126] In the second branch, the court can proceed with a careful analysis of Parliament's intent and, if possible, interpret the federal law so as not to interfere with the provincial law: *Canadian Western Bank*, at para. 75. Before concluding that the provincial law is inoperative, the court can also consider whether the federal government supports the operation of that law. In *Rothmans*, this Court emphasized that in resolving federalism issues, a court must bear in mind the position of the government at the other level (para. 26). In that case, the federal government intervened in favour of the provincial law, arguing that it had been enacted for the same health-related purpose as the federal law. The Court found that there was no frustration of purpose.

[127] Considering that the doctrine of federal paramountcy operates at the expense of provincial jurisdiction and reduces legislative overlap, these principles encourage governments at both levels to take the lead in defining the scope of their legislative powers. They facilitate intergovernmental dialogue and serve as safeguards of provincial autonomy. In my view, the approach I suggest is more consistent with the principle of co-operative federalism as applied in *Canadian Western Bank*. It also sets a clear precedent by reaffirming that a provincial law will rarely be found to be inoperative in the first branch of the analysis.

[128] My colleague concludes that this approach would render the first branch of the federal paramountcy test meaningless; in his opinion, it is virtually always possible to avoid the application of a provincial law so as not to cause a conflict with a federal law. I disagree that the "impossibility" standard, if applied strictly, would render the first branch of the federal paramountcy test meaningless. If the provincial law *allows or requires* something that the federal law explicitly *prohibits*, or if the conflict is

Parlement fédéral et ensuite démontrer que la loi provinciale est incompatible avec cet objectif ou entrave sa réalisation : *COPA*, par. 66.

[126] Sous le deuxième volet, la cour procède à une analyse attentive de l'intention du Parlement et, si cela est possible, interprète la loi fédérale de manière à ce qu'elle n'entre pas en conflit avec la loi provinciale : *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 75. Avant de conclure que la loi provinciale est inopérante, la cour peut aussi tenir compte de la question de savoir si le gouvernement fédéral est favorable à l'application de cette loi. Dans *Rothmans*, la Cour a souligné qu'il importe, au moment de l'examen des questions de fédéralisme, d'avoir à l'esprit la position de l'autre ordre de gouvernement (par. 26). Dans cette affaire, le gouvernement fédéral est intervenu pour appuyer la loi provinciale, faisant valoir qu'elle visait le même objectif lié à la santé que la loi fédérale. La Cour a conclu qu'il n'y avait pas entrave à la réalisation de l'objectif fédéral.

[127] Puisque la doctrine de la prépondérance fédérale opère au détriment de la compétence provinciale et réduit le chevauchement entre les lois, ces principes encouragent les deux ordres de gouvernement à prendre l'initiative de définir la portée de leurs pouvoirs législatifs respectifs. Ils favorisent le dialogue intergouvernemental et contribuent à protéger l'autonomie provinciale. L'approche que je préconise dans la présente affaire me semble mieux respecter le principe du fédéralisme coopératif appliqué dans *Banque canadienne de l'Ouest*. Elle constitue aussi un précédent clair en réaffirmant qu'une loi provinciale sera rarement jugée inopérante sous le premier volet de l'analyse.

[128] Mon collègue conclut que mon approche dénuerait de sens le premier volet de l'analyse de la doctrine de la prépondérance fédérale; selon lui, il est presque toujours possible d'éviter d'appliquer une loi provinciale, afin d'éviter qu'elle n'entre en conflit avec une loi fédérale. Je ne suis pas d'accord avec lui pour dire que l'application stricte de la norme de « l'impossibilité » rendrait dénué de sens le premier volet de l'analyse de la doctrine de la prépondérance fédérale. Si la loi provinciale *autorise ou exige*

direct rather than indirect, there will be an operational conflict. But that is just not the case here. In fact, the effect of my colleague's approach is to render the *second* branch meaningless, since a frustration of federal purpose analysis can now be used to interpret federal statutes broadly in order to find that an operational conflict exists where there would otherwise be none.

[129] Following my approach, one would still find that there was an operational conflict in *M & D Farm*, in which the federal law imposed an absolute stay of proceedings on the very procedures the provincial statute allowed to commence or to continue. In that case, the express requirement of the federal statute was in direct conflict with the provincial law. On the one hand, the federal *Farm Debt Review Act*, R.S.C. 1985, c. 25 (2nd Supp.), permitted a farmer to obtain a stay of a creditor's proceedings and required the creditor, before demanding payment, to give notice that it intended to commence foreclosure proceedings. On the other hand, under the provincial statute, the creditor could obtain an order authorizing the immediate commencement of such proceedings. Unlike in the case at bar, the two statutes had similar contents and provided for similar remedies: both dealt specifically with the process for realizing on farmers' debts, and both established procedures for commencing or continuing proceedings against farmers.

[130] The approach I suggest would also result in a finding that there was an operational conflict in *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271, in which the federal statute, the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, gave a court the power to order that a security or charge rank in priority *over the claim of any secured creditor of the company*, whereas the provincial statute created a priority in favour of the administrator of the company's employee pension plan. The federal legislation was not

l'accomplissement d'un acte que la loi fédérale *interdit* expressément, ou s'il s'agit un conflit direct plutôt qu'indirect, il existera un conflit opérationnel. Mais ce n'est tout simplement pas le cas en l'espèce. En fait, l'approche de mon collègue a pour effet d'enlever tout sens au *second* volet de l'analyse puisqu'une analyse sous le second volet pourrait maintenant servir à interpréter largement les lois fédérales afin de conclure à l'existence d'un conflit opérationnel là où il n'y en aurait pas autrement.

[129] Suivant l'approche que je préconise, la conclusion suivant laquelle il existait un conflit opérationnel dans *M & D Farm* demeure inchangée, là où la loi fédérale imposait une suspension permanente des mêmes recours que la loi provinciale permettait d'exercer ou de poursuivre. Dans cette affaire, la disposition de la loi fédérale entrainait directement en conflit avec la loi provinciale. D'une part, une loi fédérale, la *Loi sur l'examen de l'endettement agricole*, L.R.C. 1985, c. 25 (2^e suppl.), permettait à un agriculteur d'obtenir une suspension des recours et exigeait du créancier qu'il donne avis de son intention d'intenter une action en forclusion avant de réclamer le paiement. D'autre part, la loi provinciale permettait au créancier d'obtenir une ordonnance l'autorisant à intenter son action sur-le-champ. Contrairement aux deux lois en cause dans la présente affaire, les deux lois dans *M & D Farm* avaient un contenu semblable et offraient des recours semblables : les deux traitaient explicitement du processus de recouvrement de dettes auprès d'agriculteurs et précisaient la procédure à suivre pour intenter ou poursuivre des recours contre des agriculteurs.

[130] L'approche que je propose permettrait aussi de conclure à l'existence d'un conflit opérationnel dans *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271, où une loi fédérale, la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36, accordait au tribunal le pouvoir d'ordonner qu'une sûreté ou charge ait priorité *sur la réclamation de tout créancier garanti de la compagnie*, tandis que la loi provinciale accordait la priorité à l'administrateur du régime de retraite des employés de la compagnie.

only permissive, but granted the court a very specific power; the provincial legislature was left little leeway to interfere with this power. Because the provincial statute provided, on a mandatory basis, for a different order of priority, it was impossible to comply with both laws without rendering the court's power under the federal statute meaningless.

[131] I would add that what is “virtually always possible”, as my colleague puts it, at para. 69, is to find *some* conflict in the application of two laws. This is why the case law requires something more, namely impossibility of dual compliance and an express conflict. It is also why the focus is on the wording of the federal statute and not on its every possible ramification.

[132] In the end, the issue in this case is whether the *effect* of the province withholding driving privileges in this manner produces a conflict with the purposes of the *BIA*, thereby accomplishing indirectly what the province cannot do directly. Thus, it is on the basis of the second branch of the federal paramountcy test, not the first, that this appeal must be decided.

[133] I adopt my colleague's analysis and conclusion on this point. As the frustration of one federal purpose is sufficient to trigger the application of the doctrine of federal paramountcy, I need not address the second proposed ground for frustration of purpose, that of equitable distribution.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the respondent: Bow Valley Counsel, Canmore, Alberta.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

La loi fédérale était non seulement permissive, mais elle conférait aussi au tribunal un pouvoir très précis, ce qui empêchait à toute fin pratique le législateur provincial d'empiéter sur ce pouvoir. Comme la loi provinciale établissait un autre ordre de priorité obligatoire, il était impossible de se conformer aux deux lois sans priver de sens le pouvoir que la loi fédérale accordait au tribunal.

[131] J'ajouterais que ce qui est « presque toujours possible », pour emprunter les mots de mon collègue au par. 69, c'est de conclure à l'existence d'un conflit *quelconque* dans l'application des deux lois. C'est pour cette raison que la jurisprudence exige plus qu'un conflit quelconque, à savoir l'impossibilité de se conformer aux deux lois en raison d'un conflit exprès. C'est pour cette raison aussi que l'accent est mis sur le libellé de la loi fédérale et non sur chacune de ses implications possibles.

[132] En définitive, la question en litige en l'espèce est de savoir si l'*effet* que produit la province en privant ainsi le failli de ses droits de conducteur, accomplissant indirectement ce qu'elle ne peut accomplir directement, entraîne un conflit avec les objectifs de la *LFI*. C'est donc sous le second volet de l'analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance fédérale, et non sous le premier volet, que le présent pourvoi doit être tranché.

[133] Je souscris à l'analyse et à la conclusion de mon collègue sous le second volet. Comme l'entrave à la réalisation de l'objectif fédéral suffit pour que s'applique la doctrine de la prépondérance fédérale, je n'ai pas à me prononcer sur le deuxième motif proposé d'entrave à la réalisation de l'objectif fédéral, soit la distribution équitable des biens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l'appellant : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intimé : Bow Valley Counsel, Canmore, Alberta.

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, Sainte-Foy.

Procureure de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Superintendent of Bankruptcy: Attorney General of Canada, Toronto.

Procureur de l'intervenant le Surintendant des faillites : Procureur général du Canada, Toronto.

**407 ETR Concession Company
Limited** *Appellant*

v.

Superintendent of Bankruptcy *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,
Attorney General of Quebec,
Attorney General of British Columbia,
Attorney General for Saskatchewan,
Attorney General of Alberta,
Michael Dow, Gwendolyn Miron
and Peter Teolis** *Interveners*

**INDEXED AS: 407 ETR CONCESSION CO. v. CANADA
(SUPERINTENDENT OF BANKRUPTCY)**

2015 SCC 52

File No.: 35696.

2015: January 15; 2015: November 13.

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

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

*Constitutional law — Division of powers — Federal
paramountcy — Bankruptcy and insolvency — Property
and civil rights — Highway toll debt owed to creditor
constituted claim provable in debtor's bankruptcy —
Debtor obtained absolute discharge in bankruptcy —
Federal legislation governing bankruptcy providing for
debtor's release from all claims provable in bankruptcy
upon discharge — Whether provincial legislation provid-
ing for continuing suspension of debtor's driver's permit
until payment of toll debt constitutionally inoperative by
reason of doctrine of federal paramountcy — Test for de-
termining whether operational conflict exists — Whether
federal and provincial legislation can operate side by
side without conflict — Whether operation of provincial
law frustrates purpose of federal law — Bankruptcy and*

**407 ETR Concession Company
Limited** *Appelante*

c.

Surintendant des faillites *Intimé*

et

**Procureur général de l'Ontario,
procureure générale du Québec,
procureur général de la Colombie-
Britannique, procureur général
de la Saskatchewan,
procureur général de l'Alberta,
Michael Dow, Gwendolyn Miron
et Peter Teolis** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : 407 ETR CONCESSION CO. c. CANADA
(SURINTENDANT DES FAILLITES)**

2015 CSC 52

N° du greffe : 35696.

2015 : 15 janvier; 2015 : 13 novembre.

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

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

*Droit constitutionnel — Partage des compétences —
Prépondérance fédérale — Faillite et insolvabilité — Pro-
priété et droits civils — Dette de péage routier envers un
créancier constituant une réclamation prouvable lors de
la faillite du débiteur — Libération absolue de faillite ac-
cordée au débiteur — Loi fédérale sur la faillite prévoyant
qu'à sa libération, le débiteur est libéré de toutes récla-
mations prouvables en matière de faillite — La loi provin-
ciale prévoyant le maintien de la suspension du permis de
conduire du débiteur jusqu'à ce qu'il acquitte la dette de
péage est-elle inopérante du point de vue constitutionnel
en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale?
— Analyse permettant de déterminer s'il existe un conflit
d'application — La loi fédérale et la loi provinciale
peuvent-elles coexister sans conflit? — L'application de*

Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 178(2) — Highway 407 Act, 1998, S.O. 1998, c. 28, s. 22(1), (4).

Ontario's Highway 407 is an open-access private highway operated by 407 ETR Concession Company Limited ("ETR"). The *Highway 407 Act, 1998* ("407 Act") governs the operation of Highway 407 and empowers ETR to enforce the payment of tolls. Under s. 22(1) of the *407 Act*, if a person fails to pay a toll debt, ETR may notify the Registrar of Motor Vehicles. Under s. 22(4), upon receipt of this notice, the Registrar must refuse to issue or renew the debtor's vehicle permit until he or she is notified by ETR that the debt and related fees and interest have been paid.

As a result of M's failure to pay his toll debt, ETR notified the Registrar and the Registrar refused to renew M's permits. M obtained a discharge from bankruptcy. His Statement of Affairs listed ETR as an unsecured creditor. Pursuant to s. 178(2) of the *Bankruptcy and Insolvency Act* ("BIA"), a discharge from bankruptcy releases a debtor from claims that are provable in bankruptcy. M sought an order that his toll debt had been released by his discharge and an order compelling the Ministry of Transportation to issue his vehicle permits. The motions judge concluded that s. 22(4) of the *407 Act* was not in conflict with the BIA and he had no jurisdiction, absent a conflict, to order the reinstatement of M's vehicle permits. M settled his dispute with ETR but the Superintendent of Bankruptcy filed an appeal. Applying the doctrine of federal paramountcy, the Court of Appeal declared s. 22(4) inoperative to the extent that it conflicted with the BIA's purpose of giving a discharged bankrupt a fresh start.

Held: The appeal should be dismissed. Section 22(4) of the *407 Act* is constitutionally inoperative to the extent that it is used to enforce a provable claim that has been discharged pursuant to s. 178(2) of the BIA.

Per Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.: The companion appeal, *Alberta (Attorney General) v. Moloney*, 2015 SCC 51, [2015] 3 S.C.R. 327, contains full discussion of the principles of the doctrine of federal paramountcy, as well as the purposes and relevant provisions of the BIA. Like in the companion appeal, there is no dispute here concerning the independent validity of the provincial and federal

la loi provinciale entrave-t-elle la réalisation de l'objet de la loi fédérale? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 178(2) — Loi de 1998 sur l'autoroute 407, L.O. 1998, c. 28, art. 22(1), (4).

L'autoroute 407 de l'Ontario est une autoroute privée ouverte au public qui est exploitée par 407 ETR Concession Company Limited (« ETR »). La *Loi de 1998 sur l'autoroute 407* (« Loi 407 ») en régit l'exploitation et habilite ETR à recouvrer le paiement des péages. Si une personne n'acquiesce pas une dette de péage, le par. 22(1) de la *Loi 407* permet à ETR d'en aviser le registrateur des véhicules automobiles. Dès qu'il reçoit cet avis, le registrateur doit, aux termes du par. 22(4), refuser de délivrer ou de renouveler le certificat d'immatriculation de véhicule du débiteur jusqu'à ce qu'il soit avisé par ETR du paiement de la dette et des frais, droits et intérêts y afférents.

Comme M n'a pas payé sa dette de péage, ETR en a avisé le registrateur, qui a refusé de renouveler les certificats d'immatriculation de M. M a obtenu une libération de faillite. Il a affirmé dans son bilan qu'ETR était une créancière non garantie. Selon le par. 178(2) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (« LFI »), la libération de faillite libère un débiteur des réclamations prouvables en matière de faillite. M a demandé une ordonnance déclarant que sa libération l'avait libéré de sa dette de péage, ainsi qu'une ordonnance enjoignant au ministère des Transports de lui délivrer ses certificats d'immatriculation. Le juge de première instance a conclu que le par. 22(4) de la *Loi 407* n'entraîne pas en conflit avec la LFI et qu'en l'absence d'un conflit, il n'était pas compétent pour ordonner le rétablissement des certificats d'immatriculation de véhicule de M. M a réglé son différend avec ETR, mais le surintendant des faillites a formé un appel. Appliquant la doctrine de la prépondérance fédérale, la Cour d'appel a déclaré le par. 22(4) inopérant dans la mesure où il entraîne en conflit avec l'objectif de la LFI de permettre au failli libéré de prendre un nouveau départ.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté. Le paragraphe 22(4) de la *Loi 407* est inopérant du point de vue constitutionnel dans la mesure où il est utilisé pour recouvrer une réclamation prouvable dont le débiteur a été libéré en application du par. 178(2) de la LFI.

Les juges Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon : L'arrêt connexe *Alberta (Procureur général) c. Moloney*, 2015 CSC 51, [2015] 3 R.C.S. 327, contient une analyse complète des principes de la doctrine de la prépondérance fédérale ainsi que des objectifs et des dispositions applicables de la LFI. Tout comme dans le pourvoi connexe, il n'y a aucun désaccord en l'espèce au sujet de la validité de la loi

laws. Section 22 of the *407 Act* and s. 178 of the *BIA* were validly enacted by their respective governments. The only question before the Court is whether their concurrent operation results in a conflict.

The operational conflict branch of the paramountcy test requires determining whether it is possible to apply the provincial law while complying with the federal law. Here, the purpose and the effect of s. 22(4) of the *407 Act* are to allow a creditor, ETR, to enforce the collection of toll debts, which in the context of this appeal constitutes a claim provable in bankruptcy. Pursuant to s. 178(2) of the *BIA*, creditors cease to be able to enforce their provable claims upon the bankrupt's discharge. ETR is faced with a clear prohibition under s. 178(2). Since s. 22(4) provides the creditor with an administrative enforcement scheme, it is impossible for ETR to use that remedy while also complying with s. 178(2). ETR's toll debt is not listed as an exemption under s. 178(1), and the resulting financial liability of the debtor cannot survive his or her discharge. As a result, the *407 Act* says "yes" to the enforcement of a provable claim, while s. 178(2) of the *BIA* says "no". Both laws cannot apply concurrently or operate side by side without conflict. The inconsistency is clear and definite. One law allows what the other precisely prohibits. This operational conflict offends the doctrine of federal paramountcy.

The language of s. 22(1) of the *407 Act* does not provide a possibility for there to be no operational conflict. Once notified, the Registrar has no choice but to refuse to validate the debtor's vehicle permits and no discretion to terminate the enforcement process. It is not valid to suggest that, to negate the operational conflict that exists here, the debtor can renounce his right under the *BIA* by paying the released debt or by accepting the debt collection mechanism and foregoing his right to a vehicle permit. This would be a situation of single compliance with one of the laws, and renunciation of the operation of the other law by one of the actors involved.

The operation of s. 22(4) also frustrates Parliament's purpose of providing discharged bankrupts with the ability to financially rehabilitate themselves. While the intent of s. 178(2) is that the debtor will no longer be encumbered by the burden of pre-bankruptcy indebtedness,

provinciale et de la loi fédérale indépendamment l'une de l'autre. L'article 22 de la *Loi 407* et l'art. 178 de la *LFI* ont été validement adoptés par leurs ordres de gouvernement respectifs. La seule question soumise à la Cour est de savoir si leur application concurrente engendre un conflit.

Le volet relatif au conflit d'application de l'analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance exige que l'on détermine s'il est possible d'appliquer la loi provinciale tout en se conformant à la loi fédérale. En l'espèce, le par. 22(4) de la *Loi 407* a pour objet et pour effet de permettre à un créancier, ETR, de contraindre le débiteur à payer une dette de péage qui, dans le contexte du présent pourvoi, constitue une réclamation prouvable en matière de faillite. Selon le par. 178(2) de la *LFI*, les créanciers ne peuvent plus exiger le paiement de leurs réclamations prouvables quand le failli a été libéré. ETR est visée par une interdiction claire au par. 178(2). Puisque le par. 22(4) met à la disposition du créancier un mécanisme administratif de recouvrement, il est impossible pour ETR d'exercer ce recours tout en se conformant au par. 178(2). La créance de péage d'ETR ne fait pas partie des exceptions énumérées au par. 178(1), et la responsabilité financière du débiteur qui en découle ne peut survivre à la libération de ce dernier. Par conséquent, la *Loi 407* dit « oui » à l'exécution d'une réclamation prouvable, alors que le par. 178(2) de la *LFI* dit « non ». Les deux lois ne peuvent agir concurremment ou coexister sans conflit. L'incompatibilité est claire et précise. Une loi permet ce que l'autre interdit expressément. Ce conflit d'application est contraire à la doctrine de la prépondérance fédérale.

Le libellé du par. 22(1) de la *Loi 407* ne laisse pas une possibilité qu'il n'y ait pas de conflit d'application. Dès qu'il est avisé, le registrateur n'a d'autre choix que de refuser de valider les certificats d'immatriculation de véhicule du débiteur et n'a plus le pouvoir discrétionnaire de mettre fin à la procédure de recouvrement. Il n'est pas valable de prétendre que, pour annuler l'existence d'un conflit d'application en l'espèce, le débiteur peut renoncer au droit que lui confère la *LFI* en payant la dette dont il a été libéré ou en acceptant le mécanisme de recouvrement de créances et en renonçant à son droit à un certificat d'immatriculation. Il s'agirait d'un cas de respect simple d'une des lois, où un des acteurs en cause renonce à l'application de l'autre loi.

L'application du par. 22(4) entrave aussi la réalisation de l'objectif du Parlement de donner aux faillis libérés la possibilité de se réhabiliter financièrement. Alors que le par. 178(2) vise à délester pour toujours le débiteur du fardeau de l'endettement antérieur à la faillite, le

s. 22(4) allows ETR to continue burdening the discharged bankrupt until full payment of the debt. Had Parliament wished to exempt ETR's toll debt from the bankruptcy process, as well as from the consequences of a discharge, it would have done so expressly in s. 178(1). It did not.

Per McLachlin C.J. and Côté J.: Section 22(1) of the 407 Act allows Ontario to do indirectly what it is implicitly prohibited from doing under s. 178(2) of the BIA. This frustrates the federal purpose of financial rehabilitation that underlies s. 178(2) and is sufficient to trigger the application of the doctrine of federal paramountcy. However, there is no operational conflict. The relevant standard is impossibility of dual compliance and express conflict. In the present case, it is possible to comply with s. 22(1) without defying s. 178(2) in the literal sense of its words. The two laws have different contents and provide for different remedies. They can operate side by side without operational conflict, although there is a frustration of purpose. If a debtor chooses not to drive, the province cannot enforce its claim. If 407 ETR opts not to notify the Registrar, s. 22(4) does not apply. Dual compliance is not impossible.

Cases Cited

Cited by Gascon J.

Referred to: *Alberta (Attorney General) v. Moloney*, 2015 SCC 51, [2015] 3 S.C.R. 327; *407 ETR Concession Co. v. Ontario (Registrar of Motor Vehicles)* (2005), 82 O.R. (3d) 703; *Schreyer v. Schreyer*, 2011 SCC 35, [2011] 2 S.C.R. 605; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53; *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, 2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86; *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161.

Cited by Côté J.

Referred to: *Alberta (Attorney General) v. Moloney*, 2015 SCC 51, [2015] 3 S.C.R. 327.

par. 22(4) permet à ETR de continuer d'accabler le failli libéré jusqu'à ce qu'il rembourse entièrement la dette. Si le Parlement avait voulu soustraire la créance de péage d'ETR au processus de faillite et aux effets d'une libération, il l'aurait fait expressément au par. 178(1). Il ne l'a pas fait.

La juge en chef McLachlin et la juge Côté : Le paragraphe 22(1) de la Loi 407 autorise l'Ontario à faire indirectement ce que le par. 178(2) de la LFI lui interdit implicitement de faire. Cet article 22 entrave la réalisation de l'objet fédéral relatif à la réhabilitation financière que vise le par. 178(2), et cela suffit pour que s'applique la doctrine de la prépondérance fédérale. Toutefois, il n'existe pas de conflit opérationnel. La norme applicable est celle de l'impossibilité de se conformer aux deux textes de loi en raison d'un conflit exprès. En l'espèce, il est possible de se conformer au par. 22(1) sans enfreindre l'exigence littérale du par. 178(2). Les deux lois diffèrent de par leur contenu et par les recours qu'elles offrent. Elles peuvent coexister sans conflit opérationnel même s'il y a entrave à un objectif fédéral. Si un débiteur choisit de ne pas conduire, la province ne peut recouvrer sa créance. Si 407 ETR choisit de ne pas aviser le registraire, le par. 22(4) ne s'applique pas. Le respect des deux textes de loi n'est pas impossible.

Jurisprudence

Citée par le juge Gascon

Arrêts mentionnés : *Alberta (Procureur général) c. Moloney*, 2015 CSC 51, [2015] 3 R.C.S. 327; *407 ETR Concession Co. c. Ontario (Registrar of Motor Vehicles)* (2005), 82 O.R. (3d) 703; *Schreyer c. Schreyer*, 2011 CSC 35, [2011] 2 R.C.S. 605; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86; *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161.

Citée par la juge Côté

Arrêt mentionné : *Alberta (Procureur général) c. Moloney*, 2015 CSC 51, [2015] 3 R.C.S. 327.

Statutes and Regulations Cited

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 178.

Highway 407 Act, 1998, S.O. 1998, c. 28, ss. 1 “owner”, 13(3), 15(1), 16(1), 22.

Highway Traffic Act, R.S.O. 1990, c. H.8, s. 51.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Simmons and Pepall JJ.A.), 2013 ONCA 769, 314 O.A.C. 152, 118 O.R. (3d) 161, 369 D.L.R. (4th) 385, 7 C.B.R. (6th) 167, 53 M.V.R. (6th) 169, [2013] O.J. No. 5837 (QL), 2013 CarswellOnt 17670 (WL Can.), setting aside the decision of Newbould J., 2011 ONSC 6310, 30 M.V.R. (6th) 137, [2011] O.J. No. 6476 (QL), 2011 CarswellOnt 15701 (WL Can.), and restoring the initial order of the Registrar in Bankruptcy. Appeal dismissed.

J. Thomas Curry, Andrew Parley, Jon Laxer and Gregory William MacKenzie, for the appellant.

Peter Southey and Michael Lema, for the respondent.

Josh Hunter and Daniel Huffaker, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Alain Gingras, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Richard M. Butler, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Thomson Irvine, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Lillian Riczu, for the intervener the Attorney General of Alberta.

David Thompson and Matthew G. Moloci, for the interveners Michael Dow, Gwendolyn Miron and Peter Teolis.

Lois et règlements cités

Code de la route, L.R.O. 1990, c. H.8, art. 51.

Loi de 1998 sur l’autoroute 407, L.O. 1998, c. 28, art. 1 « propriétaire », 13(3), 15(1), 16(1), 22.

Loi sur la faillite et l’insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 178.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Doherty, Simmons et Pepall), 2013 ONCA 769, 314 O.A.C. 152, 118 O.R. (3d) 161, 369 D.L.R. (4th) 385, 7 C.B.R. (6th) 167, 53 M.V.R. (6th) 169, [2013] O.J. No. 5837 (QL), 2013 CarswellOnt 17670 (WL Can.), qui a annulé la décision du juge Newbould, 2011 ONSC 6310, 30 M.V.R. (6th) 137, [2011] O.J. No. 6476 (QL), 2011 CarswellOnt 15701 (WL Can.), et rétabli l’ordonnance initiale du registraire des faillites. Pourvoi rejeté.

J. Thomas Curry, Andrew Parley, Jon Laxer et Gregory William MacKenzie, pour l’appelante.

Peter Southey et Michael Lema, pour l’intimé.

Josh Hunter et Daniel Huffaker, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Alain Gingras, pour l’intervenante la procureure générale du Québec.

Richard M. Butler, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Thomson Irvine, pour l’intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Lillian Riczu, pour l’intervenant le procureur général de l’Alberta.

David Thompson et Matthew G. Moloci, pour les intervenants Michael Dow, Gwendolyn Miron et Peter Teolis.

The judgment of Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon was delivered by

GASCON J. —

I. Introduction

[1] Like its companion case, *Alberta (Attorney General) v. Moloney*, 2015 SCC 51, [2015] 3 S.C.R. 327, this appeal concerns an alleged conflict between overlapping federal and provincial laws. The question at issue is whether Ontario’s *Highway 407 Act, 1998*, S.O. 1998, c. 28 (“*407 Act*”), which sets out a debt enforcement mechanism in favour of the private owner and operator of an open-access toll highway, conflicts with the federal *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“*BIA*”), which provides that a discharged bankrupt is released from all provable claims.

[2] For the reasons that follow, I find that, like in the companion appeal, the provincial law conflicts with the *BIA*. As a result, it offends the doctrine of federal paramountcy and is inoperative to the extent of the conflict.

II. Facts

[3] Highway 407 is an open-access private highway. The highway was privatized in 1999 and has since been operated by 407 ETR Concession Company Limited (“*ETR*”). The *407 Act* governs the operation of Highway 407. While Highway 407 is a toll highway, its use is unrestricted. *ETR* cannot prevent anyone from accessing the highway. There is an electronic system that reads licence plates at the points of entry onto and exit from the highway. Alternatively, highway users can lease a toll device, which is affixed to the vehicle and is read instead of the licence plates. This electronic system records all trips made on the highway. The toll amount is then calculated. A corresponding invoice is delivered to the person in whose name the licence plates for the vehicle are issued, or if there is a toll device, to the lessee of the device.

Version française du jugement des juges Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon rendu par

LE JUGE GASCON —

I. Introduction

[1] À l’instar du dossier connexe *Alberta (Procureur général) c. Moloney*, 2015 CSC 51, [2015] 3 R.C.S. 327, le présent pourvoi concerne un conflit allégué entre deux lois fédérale et provinciale qui se chevauchent. La question en litige est de savoir si la *Loi de 1998 sur l’autoroute 407*, L.O. 1998, c. 28 (« *Loi 407* »), de l’Ontario, qui instaure un mécanisme de recouvrement de créances en faveur du propriétaire et exploitant privé d’une autoroute à péage ouverte au public, entre en conflit avec la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3 (« *LFI* »), laquelle précise qu’un failli libéré l’est à l’égard de toute réclamation prouvable.

[2] Pour les motifs qui suivent, j’estime que, tout comme dans l’affaire connexe, la loi provinciale entre en conflit avec la *LFI*. Elle contrevient donc à la doctrine de la prépondérance fédérale et est inopérante dans la mesure du conflit.

II. Faits

[3] L’autoroute 407 est une autoroute privée ouverte au public. Privatisée en 1999, elle est exploitée par 407 ETR Concession Company Limited (« *ETR* »). Son exploitation est régie par la *Loi 407*. Bien que l’autoroute 407 soit une voie à péage, son utilisation ne fait l’objet d’aucune restriction. *ETR* ne peut empêcher qui que ce soit d’y avoir accès. Un système électronique lit les plaques d’immatriculation aux entrées et aux sorties de l’autoroute. Les utilisateurs de l’autoroute peuvent également louer un appareil à péage, qui est fixé au véhicule et lu au lieu de la plaque d’immatriculation. Ce système électronique enregistre tous les déplacements faits sur l’autoroute. Le montant du péage est alors calculé. Une facture indiquant la somme à payer est envoyée à la personne au nom de qui sont délivrées les plaques d’immatriculation du véhicule ou au locataire de l’appareil à péage si un tel appareil est fixé au véhicule.

[4] The *407 Act* defines ETR as the “owner” (s. 1) and empowers ETR to establish, collect and enforce the payment of tolls, administration fees and interest. This process begins with ETR delivering an invoice setting out the amount due. The amount becomes payable on the day the invoice is mailed, delivered by hand or sent by any other prescribed method: s. 15(1). If a person fails to pay the toll debt within 35 days, ETR may send that person a notice of failure to pay: s. 16(1). If the debt is not paid within 90 days of the debtor receiving that notice, s. 22(1) allows ETR to notify the Registrar of Motor Vehicles (“Registrar”):

22. (1) If a toll, and the related fees and interest, are not paid within 90 days of the day a person receives a notice of failure to pay under section 16, the owner may notify the Registrar of Motor Vehicles of the failure to pay.

[5] Upon receipt of this notice, the Registrar must (“shall”) refuse to issue or renew the debtor’s vehicle permit. As a result, the debtor is incapable of having a vehicle registered in his or her name. The Registrar has no discretion in that regard:

22. ...

(4) If the Registrar of Motor Vehicles receives notice under subsection (1), he or she shall, at the next opportunity, refuse to validate the vehicle permit issued to the person who received the notice of failure to pay under section 16 and refuse to issue a vehicle permit to that person.

[6] This provision is effective until the Registrar receives notice that the debt and related fees and interest have been paid. Upon payment, ETR must (“shall”) notify the Registrar:

22. ...

(6) If notice has been given to the Registrar of Motor Vehicles under subsection (1) and the toll and related

[4] La *Loi 407* désigne ETR comme le « propriétaire » (art. 1) et habilite ETR à fixer, à percevoir et à recouvrer le paiement des péages, des frais d’administration et des intérêts. Ce processus s’amorce lorsqu’ETR envoie une facture indiquant la somme due. La somme devient payable le jour où la facture est envoyée par la poste, livrée à la personne ou envoyée par toute autre méthode prescrite : par. 15(1). Si une personne ne rembourse pas la dette de péage dans les 35 jours qui suivent, ETR peut lui envoyer un avis de défaut de paiement : par. 16(1). Si le débiteur n’acquitte pas la dette dans les 90 jours de la réception de cet avis, le par. 22(1) permet à ETR d’en aviser le registrateur des véhicules automobiles (« registrateur ») :

22. (1) Si un péage et les frais, droits et intérêts y afférents ne sont pas payés dans les 90 jours de la réception d’un avis de défaut de paiement prévu à l’article 16 par une personne, le propriétaire peut aviser le registrateur des véhicules automobiles de ce défaut de paiement.

[5] Dès qu’il reçoit cet avis, le registrateur doit (obligation exprimée par l’auxiliaire « *shall* » dans la version anglaise et par l’indicatif présent dans la version française) refuser de délivrer ou de renouveler le certificat d’immatriculation de véhicule du débiteur. Le débiteur ne peut donc plus faire enregistrer un véhicule à son nom. Le registrateur n’a aucun pouvoir discrétionnaire à cet égard :

22. ...

(4) S’il reçoit l’avis prévu au paragraphe (1), le registrateur des véhicules automobiles, à la prochaine occasion, refuse de valider le certificat d’immatriculation de véhicule délivré à la personne qui a reçu l’avis de défaut de paiement prévu à l’article 16 et refuse de lui délivrer un certificat d’immatriculation de véhicule.

[6] Cette disposition produit ses effets jusqu’à ce que le registrateur soit avisé du paiement de la dette et des frais, droits et intérêts y afférents. Dès le paiement, ETR doit en aviser le registrateur :

22. ...

(6) Si un avis a été donné au registrateur des véhicules automobiles en vertu du paragraphe (1) et que le

fees and interest are subsequently paid, the owner shall immediately notify the Registrar of the payment.

(7) If the Registrar of Motor Vehicles is notified by the owner that the toll, fees and interest have been paid or is notified by the dispute arbitrator that the person is not responsible for paying the toll, fees and interest, the Registrar shall,

- (a) validate any vehicle permit that he or she refused to validate under subsection (4);
- (b) issue a vehicle permit to a person if it was refused under subsection (4).

[7] Matthew David Moore drove two cars, each registered under his name: a 1993 Pontiac and a 2002 Mercedes-Benz. Between August 1998 and March 2007, he had used Highway 407 1,973 times. As a result, he had accumulated a toll debt of \$34,977.06. In March 2005, and then later in December 2006, ETR notified the Registrar of Mr. Moore's failure to pay the toll debt relating to his numerous trips on Highway 407, using both the Mercedes-Benz and the Pontiac. When the registration of the former vehicle expired, the Registrar refused to renew Mr. Moore's licence plates. Mr. Moore nonetheless continued to drive his Mercedes-Benz on Highway 407 for 18 months, without valid licence plates, contravening s. 51 of the *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1990, c. H.8.

[8] On November 10, 2007, Mr. Moore made an assignment in bankruptcy. His Statement of Affairs listed ETR as an unsecured creditor. Although ETR was notified of Mr. Moore's assignment, it did not file a proof of claim and chose not to participate in the bankruptcy proceeding. On February 1, 2011, Mr. Moore obtained a discharge from bankruptcy, conditional on the payment of an amount of \$1,210. As a result of paying that amount, he obtained an absolute discharge on June 21, 2011.

[9] Subsequently, Mr. Moore moved before the Registrar in Bankruptcy for an order that ETR's

peage et les frais, droits et intérêts y afférents sont payés par la suite, le propriétaire avise immédiatement le registraire de ce paiement.

(7) S'il est avisé par le propriétaire que le péage et les frais, droits et intérêts ont été payés ou qu'il est avisé par l'arbitre des différends que la personne n'est pas redevable du paiement de ceux-ci, le registraire des véhicules automobiles :

- a) valide tout certificat d'immatriculation de véhicule qu'il a refusé de valider aux termes du paragraphe (4);
- b) délivre un certificat d'immatriculation de véhicule à une personne si celui-ci lui a été refusé aux termes du paragraphe (4).

[7] Matthew David Moore conduisait deux voitures, une Pontiac 1993 et une Mercedes-Benz 2002, toutes deux enregistrées à son nom. Il a conduit 1 973 fois sur l'autoroute 407 entre août 1998 et mars 2007. Il a accumulé ainsi une dette de péage de 34 977,06 \$. En mars 2005 et plus tard, en décembre 2006, ETR a avisé le registraire que M. Moore n'avait pas payé la dette de péage relative à ses nombreux déplacements sur l'autoroute 407 au volant de la Mercedes-Benz et de la Pontiac. À l'expiration du certificat d'enregistrement de la Mercedes-Benz, le registraire a refusé de renouveler les plaques d'immatriculation de M. Moore. Ce dernier a néanmoins continué de conduire cette voiture sur l'autoroute 407 pendant 18 mois sans posséder de plaques d'immatriculation valides, contrevenant ainsi à l'art. 51 du *Code de la route*, L.R.O. 1990, c. H.8.

[8] Le 10 novembre 2007, M. Moore a fait cession de ses biens. Il a affirmé dans son bilan qu'ETR était une créancière non garantie. Bien qu'ETR ait été avisée de la cession de biens de M. Moore, elle n'a pas produit de preuve de réclamation et a décidé de ne pas participer à la procédure de faillite. Le 1^{er} février 2011, M. Moore a obtenu une libération de faillite conditionnelle au paiement d'une somme de 1 210 \$. Par suite du paiement de cette somme, il a obtenu une libération absolue le 21 juin 2011.

[9] Plus tard, M. Moore a demandé par requête au registraire en matière de faillite de rendre une

claim had been discharged in bankruptcy and that the Ministry of Transportation was compelled to issue him a permit upon payment of the usual fees. The order was granted but was later set aside before the matter was heard *de novo* in the Superior Court. At the hearing before the Superior Court, Mr. Moore contended that ETR could not use s. 22(4) of the *407 Act* to collect and enforce the toll debt because it had been discharged pursuant to s. 178 of the *BIA*. He claimed that s. 22(4) conflicted with s. 178 and offended the doctrine of federal paramountcy such that the federal bankruptcy provision should prevail over the *407 Act*. He sought an order that his debt had been released by his discharge and an order compelling the Ministry of Transportation to issue his vehicle permits.

III. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice, 2011 ONSC 6310, 30 M.V.R. (6th) 137*

[10] Newbould J. stated that an operational conflict occurs when “compliance with the provincial legislation [is] rendered impossible by either directly conflicting with an express provision of the *BIA*, having the intent or effect of changing the order of priorities or changing the scheme of distribution on bankruptcy stipulated by the *BIA*” (para. 12). According to him, s. 22(4) is part of the “process by which tolls and other charges are collected and enforced” (para. 14). Its purpose, in his view, “is directed to the collection of a debt” (*ibid.*).

[11] The judge described the “first goal” of bankruptcy as the “equitable distribution of a bankrupt debtor’s assets among the estate’s creditors inter se” (para. 20). He then noted that s. 178(2) of the *BIA* does not extinguish debts, but merely releases the bankrupt from all provable claims (paras. 16 and 24). He also observed that a vehicle permit is not property of the debtor, but is a “privilege granted

ordonnance déclarant qu’il avait été libéré, en tant que failli, de la réclamation d’ETR et enjoignant au ministère des Transports de lui délivrer un certificat d’immatriculation sur paiement des droits habituels. L’ordonnance a été accordée, mais elle a été ensuite annulée avant que la Cour supérieure de justice instruisse l’affaire *de novo*. À l’audience devant la Cour supérieure de justice, M. Moore a prétendu qu’ETR ne pouvait s’appuyer sur le par. 22(4) de la *Loi 407* pour percevoir la dette de péage et le contraindre à la payer, parce qu’il en avait été libéré en application de l’art. 178 de la *LFI*. Il a soutenu que le par. 22(4) entrerait en conflit avec l’art. 178 et contrevenait à la doctrine de la prépondérance fédérale, de sorte que la disposition fédérale en matière de faillite devrait primer sur la *Loi 407*. Il a demandé une ordonnance déclarant qu’il avait été libéré de sa dette par une ordonnance de libération de faillite et enjoignant au ministère des Transports de lui délivrer ses certificats d’immatriculation de véhicule.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice de l’Ontario, 2011 ONSC 6310, 30 M.V.R. (6th) 137*

[10] Le juge Newbould a indiqué qu’un conflit d’application survient lorsque [TRADUCTION] « le respect de la législation provinciale [est] impossible soit parce que cette dernière entre directement en conflit avec une disposition expresse de la *LFI*, soit parce qu’elle a pour objet ou pour effet de modifier l’ordre de priorités ou qu’elle modifie le régime de partage prévu par la *LFI* en cas de faillite » (par. 12). Selon le juge Newbould, le par. 22(4) fait partie du « processus de perception et de recouvrement des péages et autres frais » (par. 14). Son objet, de l’avis du juge, « est la perception d’une créance » (*ibid.*).

[11] Le juge a affirmé que [TRADUCTION] « l’objectif premier » de la faillite est le « partage équitable des biens d’un débiteur failli entre les créanciers de l’actif » (par. 20). Il a ensuite signalé que le par. 178(2) de la *LFI* n’éteint pas des dettes; il ne fait que libérer le failli de toute réclamation prouvable (par. 16 et 24). Toujours selon le juge, le certificat d’immatriculation d’un véhicule n’appartient pas au

by a government authority and is not affected by the bankruptcy” (para. 21). Unlike garnishment or execution, the suspension of a driver’s permit “in no sense can be taken to be a step in the seizure of property of a bankrupt” (para. 25). Newbould J. concluded that s. 22(4) was not in conflict with the *BIA*, since it did not affect the equitable distribution of a bankrupt’s property (paras. 22 and 24). Finally, while acknowledging briefly that the *BIA* also aims to permit the financial rehabilitation of bankrupts, he found that he had no jurisdiction, absent a conflict, to order the reinstatement of Mr. Moore’s vehicle permits (paras. 34-35).

B. *Ontario Court of Appeal, 2013 ONCA 769, 118 O.R. (3d) 161*

[12] Having settled his dispute with ETR, Mr. Moore did not appeal the order. The Superintendent of Bankruptcy, concerned with the impact of the Superior Court’s order on the bankruptcy system, filed an appeal. He argued that s. 22(4) of the *407 Act* conflicted with the operation of s. 178(2) of the *BIA* and that it frustrated the purposes of bankruptcy.

[13] Pepall J.A., writing for a unanimous court, noted that the motions judge had not considered whether s. 22(4) frustrated the rehabilitative purpose of the *BIA* or resulted in unequal treatment of creditors (paras. 13 and 45). According to her, the *BIA* furthers two distinct purposes: the equitable distribution of assets and the financial rehabilitation of the bankrupt (para. 29). She also identified two types of legislative conflicts: operational conflict and frustration of purpose (para. 60). She stated that the purpose and effect of s. 22(4) are to enforce payment of a debt and that ETR’s claim was provable in bankruptcy (paras. 26 and 84).

[14] Pepall J.A. concluded that there was no operational conflict. On a “strict reading” of the first branch of the paramountcy test, she opined that

débiteur; c’est plutôt un « privilège accordé par un organisme gouvernemental et il n’est pas touché par la faillite » (par. 21). Contrairement à la saisie-arrêt ou à l’exécution, la suspension d’un certificat d’immatriculation du conducteur « ne peut en aucune façon être considérée comme une étape de la saisie des biens d’un failli » (par. 25). Le juge Newbould a conclu que le par. 22(4) n’entraîne pas en conflit avec la *LFI*, car il n’influe pas sur le partage équitable des biens d’un failli (par. 22 et 24). Enfin, tout en reconnaissant brièvement que la *LFI* vise aussi à permettre la réhabilitation financière des faillis, le juge a conclu qu’en l’absence d’un conflit, il n’était pas compétent pour ordonner le rétablissement des certificats d’immatriculation de véhicule de M. Moore (par. 34-35).

B. *Cour d’appel de l’Ontario, 2013 ONCA 769, 118 O.R. (3d) 161*

[12] Ayant réglé son différend avec ETR, M. Moore n’a pas interjeté appel de l’ordonnance. C’est le surintendant des faillites qui a formé un appel, soucieux qu’il était de l’effet de l’ordonnance de la Cour supérieure de justice sur le régime de faillite. Il a plaidé que le par. 22(4) de la *Loi 407* entraîne en conflit avec l’application du par. 178(2) de la *LFI* et qu’il entravait la réalisation des objectifs de la faillite.

[13] Dans un arrêt unanime de la Cour d’appel, le juge Pepall a relevé que le juge des requêtes ne s’était pas demandé si le par. 22(4) entravait la réalisation de l’objectif de réhabilitation visé par la *LFI* ou donnait lieu à un traitement inégal des créanciers (par. 13 et 45). Selon elle, la *LFI* favorise l’atteinte de deux objectifs distincts : le partage équitable des biens et la réhabilitation financière du failli (par. 29). Elle a également cerné deux types de conflit de lois : le conflit d’application et l’entrave à la réalisation de l’objectif (par. 60). Elle a indiqué que le par. 22(4) a pour objet et pour effet de contraindre le débiteur à payer une dette et que la réclamation d’ETR était prouvable en matière de faillite (par. 26 et 84).

[14] La juge Pepall a conclu à l’absence de conflit d’application. Suivant une [TRADUCTION] « interprétation stricte » du premier volet de l’analyse fondée

the debtor can choose not to seek a vehicle permit while ETR can decline to use the remedy set out in s. 22 of the *407 Act* (paras. 86, 90 and 92-93). She held, however, that s. 22(4) frustrated the rehabilitative purpose of the *BIA*. The purpose of bankruptcy is to give a debtor the “ability to start life afresh unencumbered by his or her past indebtedness” (para. 99). Since the purpose and effect of the provincial law were to collect debts (para. 108), and given that the denial of a vehicle permit can result in great hardship to a discharged bankrupt, the Court of Appeal held that s. 22(4) was incompatible with the *BIA*’s purpose of financial rehabilitation (paras. 113 and 115-16). In light of this conclusion, the Court of Appeal refrained from addressing whether the provincial law also frustrated Parliament’s intention to treat all unsecured creditors equitably (para. 117). Since ETR’s debt had been discharged, it ordered that the Ministry of Transportation issue licence plates to Mr. Moore upon payment of the applicable licensing fees. It declared s. 22(4) inoperative to the extent that it conflicted with the purpose of giving a discharged bankrupt a fresh start (para. 118).

IV. Issue

[15] The Chief Justice formulated the following constitutional question:

Is s. 22(4) of the *Highway 407 Act, 1998*, S.O. 1998, c. 28, constitutionally inoperative under the doctrine of federal legislative paramountcy, having regard to the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3?

V. Analysis

[16] In the companion appeal, I fully discuss the principles of the doctrine of federal paramountcy, as well as the purposes and relevant provisions of the *BIA*. Like in the companion appeal, there is no dispute here concerning the independent validity of the provincial and federal laws. Section 22

sur la doctrine de la prépondérance, elle s’est dite d’avis que le débiteur peut choisir de ne pas demander un certificat d’immatriculation de véhicule tandis qu’ETR peut refuser d’exercer le recours prévu à l’art. 22 de la *Loi 407* (par. 86, 90 et 92-93). Elle a toutefois jugé que le par. 22(4) entravait la réalisation de l’objectif de réhabilitation visé par la *LFI*. L’objectif de la faillite est de donner au débiteur la « faculté de repartir à neuf sans être entravé par son endettement antérieur » (par. 99). Puisque la loi provinciale avait pour objet et pour effet le recouvrement des créances (par. 108), et que le refus de délivrer un certificat d’immatriculation de véhicule peut causer de grandes difficultés à un failli libéré, la Cour d’appel a conclu que le par. 22(4) était incompatible avec l’objectif de réhabilitation financière visé par la *LFI* (par. 113 et 115-116). Compte tenu de cette conclusion, la Cour d’appel s’est abstenue d’aborder la question de savoir si la loi provinciale faisait également obstacle à l’intention du Parlement de traiter équitablement tous les créanciers non garantis (par. 117). Comme le débiteur était libéré de la créance d’ETR, la Cour d’appel a ordonné au ministre des Transports de délivrer des plaques d’immatriculation à M. Moore contre paiement des droits applicables. Elle a déclaré le par. 22(4) inopérant dans la mesure où il entrainait en conflit avec l’objectif visant à permettre au failli libéré de prendre un nouveau départ (par. 118).

IV. Question en litige

[15] La Juge en chef a formulé la question constitutionnelle suivante :

Le paragraphe 22(4) de la *Loi de 1998 sur l’autoroute 407*, L.O. 1998, c. 28, est-il inopérant sur le plan constitutionnel en raison de la doctrine de la prépondérance des lois fédérales, eu égard à la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3?

V. Analyse

[16] Dans l’arrêt connexe, je traite en détail des principes de la doctrine de la prépondérance fédérale ainsi que les objectifs et les dispositions applicables de la *LFI*. Tout comme dans le pourvoi connexe, il n’y a aucun désaccord en l’espèce au sujet de la validité de la loi provinciale et de la loi

of the *407 Act* and s. 178 of the *BIA* were validly enacted by their respective governments. The only question before the Court is whether their concurrent operation results in a conflict. Building on my comments in the companion appeal, I need only examine s. 22(4) of the *407 Act* and ascertain its true meaning and substantive effect in the context of bankruptcy before applying the doctrine of paramountcy.

A. *The 407 Act*

[17] There is no question that the *407 Act* creates, in substance, a debt enforcement scheme. This was the legislative purpose identified by the motions judge and the Court of Appeal. Section 13(3) of the *407 Act* is also unequivocal:

13. ...

(3) Sections 16 to 25 apply to the enforcement and collection of tolls and related fees and interest payable under this Act by a person described in subsection (1) but do not apply to the enforcement and collection of such tolls, fees and interest if,

- (a) the person is responsible for the payment of such tolls, fees and interest under clause (1) (b); and
- (b) the toll device that was affixed to the vehicle in question was obtained without providing information identifying the plate portion of a vehicle permit.

[18] In *407 ETR Concession Co. v. Ontario (Registrar of Motor Vehicles)* (2005), 82 O.R. (3d) 703 (S.C.J.), the Ontario Divisional Court analyzed the *407 Act* in detail, describing its purpose as well as the nature of the process it establishes:

As noted above, the purpose of the Act was to privatize the operation of Highway 407 and, given its open-access character, to provide the owner an effective method of toll collection. The legislature recognized that plate denial is a necessary feature of an open-access toll highway given the

fédérale indépendamment l'une de l'autre. L'article 22 de la *Loi 407* et l'art. 178 de la *LFI* ont été validement adoptés par leurs ordres de gouvernement respectifs. La seule question soumise à la Cour est de savoir si leur application concurrente engendre un conflit. Partant de mes commentaires dans l'arrêt connexe, je n'ai qu'à examiner le par. 22(4) de la *Loi 407* et à déterminer son sens véritable et son effet réel dans le contexte de la faillite avant d'appliquer la doctrine de la prépondérance.

A. *La Loi 407*

[17] Il ne fait aucun doute que la *Loi 407* crée essentiellement un mécanisme de recouvrement de créances. Tel était l'objectif législatif cerné par le juge des requêtes et la Cour d'appel. Le paragraphe 13(3) de cette loi est également sans équivoque :

13. ...

(3) Les articles 16 à 25 s'appliquent au recouvrement et à la perception des péages et des frais, droits et intérêts y afférents qui sont exigibles, aux termes de la présente loi, d'une personne visée au paragraphe (1), sauf si :

- a) d'une part, la personne est redevable du paiement de tels péages, frais, droits et intérêts aux termes de l'alinéa (1) b);
- b) d'autre part, l'appareil à péage qui était fixé au véhicule en question a été obtenu sans fournir de renseignements identifiant la partie relative à la plaque d'un certificat d'immatriculation de véhicule.

[18] Dans *407 ETR Concession Co. c. Ontario (Registrar of Motor Vehicles)* (2005), 82 O.R. (3d) 703 (C.S.J.), la Cour divisionnaire de l'Ontario a analysé en détail la *Loi 407* et exposé son objet ainsi que la nature du processus qu'elle établit :

[TRADUCTION] Comme je l'ai dit précédemment, la Loi avait pour objectifs de privatiser l'exploitation de l'autoroute 407 et, comme cette voie est accessible à tous, de fournir au propriétaire un moyen efficace de percevoir le péage. Le législateur a reconnu que le refus de délivrer

exceptionally large number of transactions, the small balances and the cost of other means of debt collection. . . .

des plaques d'immatriculation est une caractéristique nécessaire d'une autoroute à péage accessible à tous vu le nombre exceptionnellement élevé de transactions, les faibles soldes et le coût des autres modes de perception de créance. . . .

Sections 16 to 25 of the Act describe the process by which tolls and other charges are collected and enforced. [Emphasis added; paras. 27 and 29.]

Les articles 16 à 25 de la Loi décrivent le processus par lequel les péages et les autres frais sont perçus et recouvrés. [Je souligne; par. 27 et 29.]

[19] The appellant concedes that s. 22(4) is a debt collection and enforcement mechanism. The appellant also does not dispute that, in the context of this appeal, the toll debt being enforced is a claim provable in bankruptcy. However, the appellant argues that the Court of Appeal erred in its analysis of the purpose of s. 22 and the merits of the public-private partnership that the provision implements. It says the purpose of the provincial law, and thus the merits of the public-private partnership, are irrelevant to the paramountcy analysis, which focuses on the operation of the provincial law. In its opinion, the provincial purpose is relevant only at the division of powers stage of the analysis.

[19] L'appelante concède que le par. 22(4) prévoit un mécanisme de perception et de recouvrement de créances. L'appelante ne conteste pas non plus que, dans le contexte du présent pourvoi, la dette de péage en cours de recouvrement est une réclamation prouvable en matière de faillite. L'appelante plaide toutefois que la Cour d'appel a commis une erreur dans son analyse relative à l'objet de l'art. 22 et au bien-fondé du partenariat public-privé mis en œuvre par cette disposition. Elle affirme que l'objet de la loi provinciale et, partant, le bien-fondé du partenariat public-privé, ne sont pas pertinents pour l'analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance, qui est axée sur l'application de la loi provinciale. À son avis, l'objectif provincial n'est pertinent qu'au stade de l'analyse relative au partage des compétences.

[20] I disagree with the appellant's assertions. In the companion appeal, I explain that, while the focus of paramountcy is the effect of the provincial law, its purpose cannot be ignored. It forms part of the interpretative exercise that allows the substantive effect of the provincial law to be ascertained. In any event, I do not think the Court of Appeal considered the "merits" of the public-private partnership themselves to be "inadequate". The Court of Appeal merely stated that the "introduction into the mix of a private commercial participant in a public-private enterprise is inadequate . . . to remove the evident inconsistency with . . . the *BIA*" (para. 111 (emphasis added)). Before the Court of Appeal, ETR was arguing that the enforcement scheme was in the public interest, in that it ensured that the private-public partnership for the operation

[20] Je ne suis pas d'accord avec les affirmations de l'appelante. Dans l'arrêt connexe, j'explique que, même si la doctrine de la prépondérance s'attache à l'effet de la loi provinciale, on ne saurait négliger son objet. Il fait partie de l'exercice d'interprétation qui permet d'apprécier l'effet réel de la loi provinciale. Quoi qu'il en soit, je ne crois pas que la Cour d'appel ait estimé [TRADUCTION] « insuffisant » le « bien-fondé » en soi du partenariat public-privé. La Cour d'appel a simplement dit que l'« intervention d'un acteur commercial privé dans une entreprise publique-privée est insuffisante [. . .] pour écarter l'incompatibilité évidente avec [. . .] la *LFI* » (par. 111 (je souligne)). ETR a soutenu devant la Cour d'appel que le mécanisme de recouvrement servait l'intérêt public en ce sens qu'il assurait le succès de l'exploitation de l'autoroute

of the highway flourished. Responding to that argument, the Court of Appeal held that the purpose and effect of s. 22(4) were to enforce the collection of toll debts (para. 108). It rejected the appellant's argument that the private-public partnership, and the fact that it could further the public interest, could somehow erase the conflict caused by the substantive effect of the scheme. It was in that sense that the public-private partnership was "inadequate . . . to remove the evident inconsistency" between the provincial scheme and the *BIA*.

[21] I consequently agree with the Court of Appeal that the purpose and the effect of s. 22(4) of the *407 Act* are to allow a creditor, ETR, to enforce the collection of toll debts, which in the context of this appeal constitutes a claim provable in bankruptcy. The remaining issue is whether this enforcement scheme conflicts with s. 178(2) of the *BIA*.

B. *Operational Conflict*

[22] In the companion appeal, I describe what I consider to be a proper application of the operational conflict branch of the paramountcy test: Is it possible to apply the provincial law while complying with the federal law? Here, the Court of Appeal held that there was no operational conflict. In its view, the debtor was not required to pay the toll debt and could forego his right to a vehicle permit (para. 86), while ETR could comply with both laws by declining to pursue its remedy under s. 22 of the *407 Act* (para. 90). Although the Court of Appeal acknowledged that, with respect to the collection of a debt from a discharged bankrupt, the *BIA* said "no", while the *407 Act* said "yes" (para. 91), it nonetheless concluded that, on a strict reading of the test, there was no operational conflict.

[23] The appellant does not argue this point before us, agreeing with the Court of Appeal that there is no operational conflict. The respondent

dans un partenariat public-privé. La Cour d'appel a répondu à cet argument en statuant que le par. 22(4) avait pour objet et pour effet de contraindre le débiteur à payer ses dettes de péage (par. 108). Elle a rejeté l'argument de l'appelante selon lequel l'existence du partenariat public-privé et la possibilité qu'il favorise l'intérêt public puissent en quelque sorte effacer le conflit engendré par l'effet réel du mécanisme. C'est dans ce sens que le partenariat public-privé était « insuffisan[t] [. . .] pour écarter l'incompatibilité évidente » entre le régime provincial et la *LFI*.

[21] En conséquence, je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le par. 22(4) de la *Loi 407* a pour objet et pour effet de permettre à un créancier, ETR, de contraindre le débiteur à payer une dette de péage qui, dans le contexte du présent pourvoi, constitue une réclamation prouvable en matière de faillite. Il reste à décider si ce mécanisme de recouvrement est contraire au par. 178(2) de la *LFI*.

B. *Conflit d'application*

[22] Dans l'arrêt connexe, j'indique ce que je considère être un énoncé correct du volet « conflit d'application » de l'analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance : est-il possible pour une personne de se conformer à la loi provinciale sans déroger à la loi fédérale? En l'espèce, la Cour d'appel a jugé qu'il n'y avait aucun conflit d'application. Selon elle, le débiteur n'était pas tenu de payer sa dette de péage et pouvait renoncer à son certificat d'immatriculation de véhicule (par. 86), tandis qu'ETR pouvait se conformer aux deux lois en refusant d'exercer le recours que lui accordait l'art. 22 de la *Loi 407* (par. 90). Même si la Cour d'appel a reconnu qu'en ce qui a trait au recouvrement d'une créance auprès d'un failli libéré, la *LFI* disait « non » alors que la *Loi 407* disait « oui » (par. 91), elle a néanmoins conclu, suivant une interprétation stricte de ce volet de l'analyse, à l'absence de conflit d'application.

[23] L'appelante ne conteste pas ce point devant nous, étant d'accord avec la Cour d'appel sur l'absence de conflit d'application. L'intimé se dit d'avis

takes the position that there is such a conflict, as s. 178(2) of the *BIA* prohibits the enforcement of provable claims after the bankrupt's discharge, while s. 22(4) of the *407 Act* allows ETR to enforce its provable claim despite the discharge. In her concurring reasons, my colleague Côté J. agrees with the Court of Appeal and the appellant. In the companion appeal, I explain why I disagree with her understanding of the application of this first branch of the paramountcy test in a situation like this one.

[24] In my view, the respondent is correct on this issue of operational conflict. Pursuant to s. 178(2) of the *BIA*, creditors cease to be able to enforce their provable claims upon the bankrupt's discharge: *Schreyer v. Schreyer*, 2011 SCC 35, [2011] 2 S.C.R. 605, at para. 21. As I indicate in the companion appeal, it is undisputed that a discharge under s. 178 of the *BIA* releases a debtor, thus preventing creditors from enforcing claims that are provable in bankruptcy. They are deemed to give up their right to enforce those claims. This includes both civil and administrative enforcement. In this case, ETR, the creditor, is faced with a clear prohibition under s. 178(2) of the *BIA*. It cannot enforce its provable claim, which has been released by an order of discharge. Since the debt collection mechanism put in place by s. 22(4) provides the creditor with an administrative enforcement scheme, it is impossible for ETR to use that remedy while also complying with s. 178(2): *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 72; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, at para. 46. Indeed, ETR's toll debt is not listed as an exemption under s. 178(1), and the resulting financial liability of the debtor cannot survive his or her discharge. As a result, the *407 Act* says "yes" to the enforcement of a provable claim, while s. 178(2) of the *BIA* says "no", such that the operation of the provincial law makes it impossible to comply with the federal law.

qu'il existe un tel conflit, puisque le par. 178(2) de la *LFI* interdit au créancier d'exiger le paiement des réclamations prouvables après la libération du failli, tandis que le par. 22(4) de la *Loi 407* permet à ETR d'exiger le paiement de sa réclamation prouvable malgré la libération. Dans ses motifs concordants, ma collègue la juge Côté se dit d'accord avec la Cour d'appel et l'appelante. Dans le pourvoi connexe, j'explique pourquoi je suis en désaccord avec sa compréhension du premier volet de l'analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance dans une situation comme celle en l'espèce.

[24] À mon avis, l'intimé a raison sur la question du conflit d'application. Selon le par. 178(2) de la *LFI*, les créanciers ne peuvent plus exiger le paiement de leurs réclamations prouvables quand le failli a été libéré : *Schreyer c. Schreyer*, 2011 CSC 35, [2011] 2 R.C.S. 605, par. 21. Comme je l'indique dans le pourvoi connexe, nul ne conteste qu'une ordonnance de libération rendue aux termes de l'art. 178 de la *LFI* libère un débiteur et empêche les créanciers d'exécuter leurs réclamations prouvables en matière de faillite. Ils sont réputés renoncer à leur droit d'exiger le paiement de ces réclamations, tant en matière civile qu'en matière administrative. En l'espèce, ETR, le créancier, est visée par une interdiction claire au par. 178(2) de la *LFI*. Elle ne peut exiger le paiement de sa réclamation prouvable dont le failli a été libéré par une ordonnance de libération. Puisque le mécanisme de perception qu'établit le par. 22(4) met à la disposition du créancier un mécanisme administratif de recouvrement, il est impossible pour ETR d'exercer ce recours tout en se conformant au par. 178(2) : *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 72; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, par. 46. En effet, la créance de péage d'ETR ne fait pas partie des exceptions énumérées au par. 178(1), et la responsabilité financière du débiteur qui en découle ne peut survivre à la libération de ce dernier. Par conséquent, la *Loi 407* dit « oui » à l'exécution d'une réclamation prouvable alors que le par. 178(2) de la *LFI* dit « non », si bien que l'application de la loi provinciale exclut toute possibilité de respecter la loi fédérale.

[25] In other words, while the provincial scheme has the effect of maintaining the debtor's liability beyond his or her discharge, the federal law expressly releases him or her from that same liability. Both laws cannot "apply concurrently" (*Western Bank*, at para. 72) or "operate side by side without conflict" (*Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53, at para. 76); a debtor cannot be found liable under the provincial law after having been released from that same liability under the federal law: *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, 2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86, at para. 82; *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961, at para. 41; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at p. 191. I respectfully disagree with my colleague that this conflict is "indirect" or concerns something that is merely "implicitly" prohibited by s. 178(2) of the *BIA* (*Moloney*, para. 92), or that I am resorting to a broad interpretation of s. 178(2) in order to find that an operational conflict exists (para. 36). Under the federal law, the debt is not enforceable; under the provincial law, it is. The inconsistency is clear and definite. One law allows what the other precisely prohibits.

[26] In that regard, unlike my colleague, I do not believe that the language of s. 22(1) provides a possibility for there to be no operational conflict (para. 39). Once the Registrar is notified by ETR, as was the case on the facts on this appeal, s. 22(4) uses mandatory language ("shall"), such that the Registrar has no choice but to refuse to validate the debtor's vehicle permits. From that point in time, the Registrar is left with no discretion to terminate the enforcement process after, for instance, the debtor's discharge in bankruptcy. The Registrar is only required to reinstate the debtor's permits once notified that the debt is paid: ss. 22(6) and 22(7). To suggest that dual compliance with both laws remains possible if ETR declines to pursue its remedy under s. 22 of the *407 Act* would be to turn a blind eye to the factual reality of this case, on the basis of which it was argued. In addition, as I explain in the companion appeal, to suggest that an operational conflict can be avoided in circumstances in

[25] Autrement dit, alors que le régime provincial fait en sorte que l'obligation du débiteur survit à sa libération, la loi fédérale le libère expressément de cette même obligation. Les deux lois ne peuvent « agir concurremment » (*Banque canadienne de l'Ouest*, par. 72) ou « coexister sans conflit » (*Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53, par. 76); un débiteur ne peut être tenu responsable d'une dette selon la loi provinciale alors qu'il a été libéré de cette même responsabilité suivant la loi fédérale : *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86, par. 82; *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961, par. 41; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 191. Avec égards, je ne suis pas d'accord avec ma collègue pour dire que ce conflit est « indirect » ou qu'il concerne une mesure simplement interdite « implicitement » par le par. 178(2) de la *LFI* (*Moloney*, par. 92), ou que j'ai recours à une interprétation large de ce paragraphe pour conclure à l'existence d'un conflit d'application (par. 36). La loi fédérale interdit le recouvrement de la créance; la loi provinciale le permet. L'incompatibilité est claire et précise. Une loi permet ce que l'autre interdit précisément.

[26] À cet égard, je ne crois pas, contrairement à ma collègue, que le libellé du par. 22(1) laisse une possibilité qu'il n'y ait pas de conflit d'application (par. 39). Dès que le registrateur est avisé par ETR, comme il l'a été d'après les faits de l'espèce, l'obligation exprimée au par. 22(4) (par l'auxiliaire « shall » dans la version anglaise et par l'indicatif présent dans la version française) fait en sorte que le registrateur n'a d'autre choix que de refuser de valider les certificats d'immatriculation de véhicule du débiteur. À compter de ce moment, le registrateur n'a plus le pouvoir discrétionnaire de mettre fin à la procédure de recouvrement, par exemple après la libération de faillite du débiteur. Il n'est tenu de rétablir les certificats d'immatriculation du débiteur que s'il est avisé que la dette est payée : par. 22(6) et 22(7). Prétendre qu'il demeure possible pour une personne de se conformer aux deux lois si ETR s'abstient d'exercer le recours que lui offre l'art. 22 de la *Loi 407* reviendrait à fermer les yeux sur la

which the provincial law does not operate leads, with respect, to a circular reasoning that removes a key condition for consideration of either of the two branches of the paramountcy doctrine, that is, the existence of two valid laws that operate side by side. Nor, as in the companion appeal, is it in my view valid to suggest that, to negate the operational conflict that exists here, the debtor can renounce his right under the *BIA* by paying the released debt or by accepting the debt collection mechanism of the *407 Act* and foregoing his right to a vehicle permit. If that were the case, the situation would no longer be one of a possibility of dual compliance with both laws. Rather, it would be one of “single” compliance with one of the laws, and renunciation of the operation of the other law by one of the actors involved. When the two laws operate side by side, ETR cannot comply with both at the same time, and the provincial law denies the debtor the benefit of the federal law.

[27] I therefore conclude that the operation of s. 22(4) to enforce a debt that was discharged in bankruptcy is in conflict with s. 178(2) of the *BIA*. Section 178 is a complete code in that it sets out which debts are released on the bankrupt’s discharge and which debts survive the bankruptcy. Through s. 22(4), the province creates a new class of exempt debts that is not listed in s. 178(1). This operational conflict offends the doctrine of federal paramountcy.

C. Frustration of Federal Purpose

(a) Financial Rehabilitation

[28] That said, I consider that the operation of s. 22(4) also frustrates Parliament’s purpose of providing discharged bankrupts with the ability to financially rehabilitate themselves. In the companion appeal, I explain this purpose of the *BIA* and its close relationship with the language of s. 178(2),

réalité factuelle de la présente affaire, réalité sur laquelle s’appuyaient les arguments des parties. En outre, comme je l’explique dans le pourvoi connexe, prétendre qu’un conflit d’application peut être évité dans les cas où la loi provinciale n’est pas appliquée crée un raisonnement circulaire qui écarte un élément clé de l’examen de l’un ou l’autre des deux volets de l’analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance, soit l’existence de deux lois valides qui coexistent. De même, comme dans le pourvoi connexe, il n’est pas valable selon moi de prétendre que, pour nier l’existence d’un conflit d’application en l’espèce, le débiteur peut renoncer au droit que lui confère la *LFI* en payant la dette dont il a été libéré ou en acceptant le mécanisme de recouvrement de créances de la *Loi 407* et en renonçant à son droit à un certificat d’immatriculation. Si tel était le cas, il ne s’agirait plus d’une situation où il est possible de se conformer aux deux lois. Il s’agirait plutôt d’un cas de « simple » respect d’une des lois, où un des acteurs en cause renonce à l’application de l’autre loi. Lorsque les deux lois coexistent, ETR ne peut respecter les deux lois en même temps, et la loi provinciale prive le débiteur de l’avantage que procure la loi fédérale.

[27] Je conclus en conséquence que l’application du par. 22(4) qui permet le recouvrement d’une dette dont le failli a été libéré entre en conflit avec le par. 178(2) de la *LFI*. L’article 178 constitue un code complet en ce qu’il précise les dettes dont le failli est libéré et celles qui subsistent après la libération de faillite. Au paragraphe 22(4), la province crée une nouvelle catégorie de dettes exemptées qui ne sont pas énumérées au par. 178(1). Ce conflit d’application est contraire à la doctrine de la prépondérance fédérale.

C. Entrave à la réalisation d’un objectif fédéral

a) Réhabilitation financière

[28] Cela dit, j’estime que l’application du par. 22(4) entrave également la réalisation de l’objectif du Parlement de donner aux faillis libérés la possibilité de se réhabiliter financièrement. Dans le pourvoi connexe, j’explique cet objectif de la *LFI* et son étroite connexité au libellé du par. 178(2), lequel vise

which is aimed precisely at providing the bankrupt with a fresh start. While the intent of s. 178(2) is that the debtor will no longer be encumbered by the burden of pre-bankruptcy indebtedness, s. 22(4) allows ETR to continue burdening the discharged bankrupt until full payment of the debt, as if the discharge in bankruptcy had never occurred.

[29] When making his assignment in bankruptcy, Mr. Moore was indebted to ETR in the amount of \$34,977.06. This was in November 2007. At the time of the hearing in the Superior Court, that is, in October 2011, the debt had more than doubled to \$88,767.83. As time passes, the burden of ETR's debt gets heavier as interest accrues. In early 2011, the interest alone amounted to almost \$1,400 per month. This is a crushing financial liability. Yet the more Mr. Moore delays payment of the toll debt, the more unlikely it is that he will ever be able to pay it and recover his vehicle registration privileges.

[30] If s. 22(4) is allowed to operate despite the debtor's bankruptcy and subsequent absolute discharge, this effectively creates an ever-increasing financial burden on the debtor. This burden attaches to the debtor despite a discharge in bankruptcy, even though the debtor will most likely never be able to pay ETR's debt in full. The debtor will be forever burdened by a pre-bankruptcy financial liability. This is contrary to Parliament's intention to give discharged bankrupts a fair opportunity to rehabilitate financially, freeing them from past indebtedness.

[31] ETR was notified of Mr. Moore's bankruptcy. It chose not to participate in the proceeding. It did not file a proof of claim, nor did it oppose Mr. Moore's discharge. In order to enforce its provable claim, ETR was required to take part, like any creditor, in the bankruptcy process. Had Parliament wished to exempt ETR's toll debt from that process, as well as from the consequences of a discharge, it would have done so expressly in s. 178(1) of the *BIA*. It did not. Therefore, I conclude that s. 22(4), if allowed to operate with respect to toll debts that are discharged in bankruptcy, frustrates the financial

précisément à permettre au failli de prendre un nouveau départ. Alors que le par. 178(2) vise à délester pour toujours le débiteur du fardeau de l'endettement antérieur à la faillite, le par. 22(4) permet à ETR de continuer d'accabler le failli libéré jusqu'à ce qu'il rembourse entièrement la dette, comme s'il n'avait jamais été libéré de la faillite.

[29] Quand il a fait cession de ses biens, M. Moore devait 34 977,06 \$ à ETR. C'était en novembre 2007. Au moment de l'audience devant la Cour supérieure de justice, soit en octobre 2011, la dette avait plus que doublé, atteignant 88 767,83 \$. Plus le temps passe, plus le fardeau de la créance d'ETR s'alourdit avec l'accumulation des intérêts. Au début de 2011, les intérêts à eux seuls s'élevaient à presque 1 400 \$ par mois. Il s'agit là d'une responsabilité financière écrasante. Pourtant, plus M. Moore tarde à rembourser la dette de péage, plus il risque de ne jamais être en mesure de l'acquitter et de récupérer les certificats d'immatriculation de ses véhicules.

[30] Permettre l'application du par. 22(4) malgré la faillite du débiteur et sa libération absolue subséquente impose en fait à ce dernier un fardeau financier sans cesse croissant. Ce fardeau pèse sur le débiteur en dépit de sa libération en tant que failli, même s'il ne pourra vraisemblablement jamais rembourser intégralement sa dette envers ETR. Le débiteur demeurera toujours accablé par une responsabilité financière antérieure à la faillite. Ce résultat va à l'encontre de l'intention du Parlement de donner aux faillis libérés une véritable possibilité de se réhabiliter financièrement et de se libérer ainsi de l'endettement passé.

[31] ETR a été avisée de la faillite de M. Moore. Elle a décidé de ne pas participer à la procédure. Elle n'a pas produit de preuve de réclamation et ne s'est pas non plus opposée à la libération de M. Moore. Pour faire valoir sa réclamation prouvable, ETR devait prendre part, comme tout créancier, au processus de faillite. Si le Parlement avait voulu soustraire la créance de péage d'ETR à ce processus et aux effets d'une libération, il l'aurait fait expressément au par. 178(1) de la *LFI*. Il ne l'a pas fait. En conséquence, je conclus que, si l'on permet l'application du par. 22(4) aux dettes

rehabilitation purpose of bankruptcy pursuant to s. 178(2).

(b) *Equitable Distribution*

[32] The Court of Appeal did not comment on the issue of the equitable distribution purpose of the *BIA* (para. 117). The appellant argues that this purpose is not frustrated, because the provincial law does not affect the order of priorities. It further submits that a vehicle permit is not an asset belonging to the bankrupt and is thus unaffected by bankruptcy. According to the respondent, however, s. 22(4) frustrates this purpose of the *BIA*, since ETR is allowed to collect assets or income unavailable to other creditors and to act outside the single collective proceeding. For the same reasons as set out in the companion appeal, I am not convinced that s. 178(2) furthers the purpose of equitable distribution of assets to creditors, or that this purpose of bankruptcy is frustrated by the operation of s. 22(4).

VI. Disposition

[33] In my view, s. 22(4) of the *407 Act* is inoperative to the extent that it conflicts with s. 178(2) of the *BIA*. The provision cannot be used by ETR to enforce an otherwise discharged provable claim contrary to s. 178(2) of the *BIA*. In any event, the operation of s. 22(4) frustrates the financial rehabilitation purpose of s. 178(2). I would dismiss the appeal with costs and answer the constitutional question as follows:

Is s. 22(4) of the *Highway 407 Act, 1998*, S.O. 1998, c. 28, constitutionally inoperative under the doctrine of federal legislative paramountcy, having regard to the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3?

Answer: Yes, to the extent that it is used to enforce a provable claim that has been discharged pursuant to s. 178(2) of the *BIA*.

de péage dont le failli a été libéré, ce paragraphe entrave la réalisation de l'objectif de réhabilitation financière en matière de faillite visé au par. 178(2).

b) *Partage équitable*

[32] La Cour d'appel n'a pas abordé l'objectif de partage équitable visé par la *LFI* (par. 117). L'appellante plaide que la réalisation de cet objectif n'est pas entravée, parce que la loi provinciale n'a aucune incidence sur l'ordre de priorité. Elle ajoute qu'un certificat d'immatriculation de véhicule n'est pas un bien appartenant au failli et qu'il n'est de ce fait pas touché par la faillite. Selon l'intimé toutefois, le par. 22(4) entrave la réalisation de cet objectif de la *LFI* car ETR est autorisée à percevoir des biens ou un revenu que ne peuvent obtenir les autres créanciers et à passer outre à la procédure collective unique. Pour les motifs exprimés dans l'arrêt connexe, je ne suis pas convaincu que le par. 178(2) favorise l'atteinte de l'objectif consistant à partager équitablement les biens entre les créanciers, ou que l'application du par. 22(4) entrave la réalisation de cet objectif de la faillite.

VI. Dispositif

[33] J'estime que le par. 22(4) de la *Loi 407* est inopérant dans la mesure où il entre en conflit avec le par. 178(2) de la *LFI*. ETR ne peut s'appuyer sur le par. 22(4) pour contraindre le failli, en contravention du par. 178(2) de la *LFI*, à payer une réclamation prouvable dont il a par ailleurs été libéré. Quoi qu'il en soit, l'application du par. 22(4) entrave la réalisation de l'objectif de réhabilitation financière que vise le par. 178(2). Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de répondre comme suit à la question constitutionnelle :

Le paragraphe 22(4) de la *Loi de 1998 sur l'autoroute 407*, L.O. 1998, c. 28, est-il inopérant sur le plan constitutionnel en raison de la doctrine de la prépondérance des lois fédérales, eu égard à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3?

Réponse : Oui, dans la mesure où il permet à un créancier de recouvrer une réclamation prouvable dont le débiteur a été libéré en application du par. 178(2) de la *LFI*.

The reasons of McLachlin C.J. and Côté J. were delivered by

[34] CÔTÉ J. — As in my concurrence in this appeal’s companion case, *Alberta (Attorney General) v. Moloney*, 2015 SCC 51, [2015] 3 S.C.R. 327, I do not see any operational conflict in the case at bar.

[35] My view of the operational conflict branch of the federal paramountcy test is set out in my reasons in *Moloney*, and in the instant case, it is supported by the analysis of Pepall J.A., writing for the Ontario Court of Appeal: 2013 ONCA 769, 118 O.R. (3d) 161, at paras. 67-93.

[36] The relevant standard is impossibility of dual compliance and express conflict. In the case at bar, it is possible to comply with s. 22(1) of Ontario’s *Highway 407 Act, 1998*, S.O. 1998, c. 28 (“407 Act”), without defying s. 178(2) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“BIA”), in the literal sense of its words. My colleague interprets s. 178(2) of the BIA broadly on the basis of Parliament’s intent to foster the financial rehabilitation of the bankrupt, and this results in a conflict.

[37] Yet, as in *Moloney*, the two laws have different contents and provide for different remedies. Thus, this is not a situation in which one law says “yes” while the other says “no”. Since one of them does not allow something that the other specifically prohibits, there is no express conflict. To conclude otherwise would be to add to the literal requirement of s. 178(2) of the BIA despite a possible interpretation of the two statutes that results in a finding of compatibility.

[38] Section 22(1) of the *407 Act* allows Ontario to withhold a vehicle permit because of a failure to pay a claim that has since been discharged. Since s. 178(2) of the BIA provides only that a bankrupt is

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et de la juge Côté rendus par

[34] LA JUGE CÔTÉ — Tout comme dans mon opinion concordante dans l’affaire connexe *Alberta (Procureur général) c. Moloney*, 2015 CSC 51, [2015] 3 R.C.S. 327, j’estime qu’il n’existe pas de conflit opérationnel en l’espèce.

[35] Mon opinion quant à l’approche à suivre pour le volet « conflit opérationnel » de l’analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance fédérale est exposée dans les motifs que j’ai rédigés dans *Moloney*, et en l’espèce, cette opinion est étayée par l’analyse qu’a faite la juge Pepall au nom de la Cour d’appel de l’Ontario : 2013 ONCA 769, 118 O.R. (3d) 161, par. 67-93.

[36] L’impossibilité de se conformer aux deux lois en raison d’un conflit exprès constitue la norme applicable. Dans l’affaire qui nous occupe, il est possible de se conformer au par. 22(1) de la *Loi de 1998 sur l’autoroute 407*, L.O. 1998, c. 28 (« Loi 407 »), sans enfreindre l’exigence littérale du par. 178(2) de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3 (« LFI »). Se fondant sur l’intention du Parlement de favoriser la réhabilitation financière du failli, mon collègue donne au par. 178(2) de la LFI une interprétation large qui l’amène à conclure à l’existence d’un conflit opérationnel.

[37] Tout comme dans *Moloney*, les deux lois diffèrent de par leur contenu et les recours qu’elles offrent. Ainsi, il ne s’agit pas d’un cas où une loi dit « oui » alors que l’autre dit « non ». Puisque l’une ne permet pas ce que l’autre interdit expressément, il n’existe pas de conflit exprès. Conclure autrement revient à ajouter au texte du par. 178(2) de la LFI, malgré la possibilité d’une interprétation harmonieuse des deux textes législatifs permettant de conclure qu’ils sont compatibles.

[38] Le paragraphe 22(1) de la *Loi 407* permet à la province de l’Ontario de refuser la délivrance d’un certificat d’immatriculation parce qu’un failli n’a pas payé une dette dont il a été libéré. Puisque

discharged from claims provable in bankruptcy, the two laws can operate side by side without conflict.

[39] If a debtor chooses not to drive, the province simply cannot enforce its claim. The same is true if 407 ETR Concession Company Limited opts not to notify the Registrar of Motor Vehicles of the debtor's failure to pay, in which case s. 22(4) does not apply. As a result of how the two legislatures decided to exercise their respective powers, it is plain that dual compliance is not impossible here.

[40] However, as in *Moloney*, s. 22(1) of the 407 Act allows Ontario to do indirectly what it is implicitly prohibited from doing under s. 178(2) of the BIA. In light of the indirect nature of the conflict, this issue is properly dealt with in the second branch of the federal paramountcy test. This appeal must therefore be decided on the basis of a frustration of federal purpose analysis.

[41] For the rest, I agree with Gascon J. to the extent that he finds that s. 22 of the 407 Act frustrates the federal purpose of financial rehabilitation that underlies s. 178(2) of the BIA. As the frustration of one federal purpose is sufficient to trigger the application of the doctrine of federal paramountcy, I need not address the second proposed ground for frustration of purpose, that of equitable distribution.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto; 407 ETR Concession Company Limited, Woodbridge.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Toronto.

le par. 178(2) de la LFI prévoit seulement qu'une ordonnance de libération libère le failli des réclamations prouvables en matière de faillite, les deux lois peuvent coexister simultanément sans conflit.

[39] Si un débiteur choisit de ne pas conduire, la province ne peut tout simplement pas recouvrer sa créance. Il en va de même si 407 ETR Concession Company Limited choisit de ne pas aviser le registraire des véhicules automobiles du défaut de paiement du débiteur; dans ce cas, le par. 22(4) ne s'applique pas. En raison de la façon dont les deux législateurs ont décidé d'exercer leur compétence législative respective, il est évident que le respect des deux textes de loi n'est pas impossible en l'espèce.

[40] Cependant, tout comme dans *Moloney*, le par. 22(1) de la Loi 407 autorise la province à faire indirectement ce que le par. 178(2) de la LFI lui interdit implicitement de faire. Le caractère indirect du conflit indique que la question doit être examinée sous le deuxième volet de l'analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance fédérale. Il faut donc trancher le présent pourvoi sur la base d'une analyse de l'entrave à la réalisation de l'objectif fédéral.

[41] Pour le reste, je partage l'avis du juge Gascon dans la mesure où il conclut que l'art. 22 de la Loi 407 entrave la réalisation de l'objectif fédéral relatif à la réhabilitation financière que vise le par. 178(2) de la LFI. Puisque l'entrave à l'atteinte d'un objectif fédéral suffit pour que s'applique la doctrine de la prépondérance fédérale, je n'ai pas à examiner le deuxième motif proposé d'entrave à la réalisation de l'objectif, la distribution équitable des biens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto; 407 ETR Concession Company Limited, Woodbridge.

Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

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

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

Solicitors for the interveners Michael Dow, Gwendolyn Miron and Peter Teolis: Scarfone Hawkins, Hamilton.

Procureurs des intervenants Michael Dow, Gwendolyn Miron et Peter Teolis : Scarfone Hawkins, Hamilton.

Attorney General for Saskatchewan
Appellant

v.

Lemare Lake Logging Ltd. *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario and
Attorney General of British Columbia**
Interveners

INDEXED AS: SASKATCHEWAN (ATTORNEY GENERAL) v. LEMARE LAKE LOGGING LTD.

2015 SCC 53

File No.: 35923.

2015: May 21; 2015: November 13.

Present: Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Côté JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
SASKATCHEWAN

Constitutional law — Cooperative federalism — Division of powers — Bankruptcy and insolvency — Property and Civil Rights — Receiver — Federal paramountcy — Federal legislation authorizes court, upon application of secured creditor, to appoint receiver with power to act nationally — Provincial legislation imposes other procedural and substantive requirements before commencing an action with respect to farm land — Whether provincial legislation constitutionally inoperative when application made to appoint national receiver under federal legislation, by reason of doctrine of federal paramountcy — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 243 — The Saskatchewan Farm Security Act, S.S. 1988-89, c. S-17.1, ss. 9 to 22.

A secured creditor brought an application pursuant to s. 243(1) of the *Bankruptcy and Insolvency Act* for the appointment of a receiver over substantially all of the assets of its debtor, a “farmer” within the meaning of *The Saskatchewan Farm Security Act*. The debtor contested the appointment and argued that the creditor had to comply with Part II of *The Saskatchewan Farm Security Act*, which requires that before commencing an action with

Procureur général de la Saskatchewan
Appelant

c.

Lemare Lake Logging Ltd. *Intimée*

et

**Procureur général de l’Ontario et
procureur général de la
Colombie-Britannique** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : SASKATCHEWAN (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. LEMARE LAKE LOGGING LTD.

2015 CSC 53

N° du greffe : 35923.

2015 : 21 mai; 2015 : 13 novembre.

Présents : Les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Côté.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA
SASKATCHEWAN

Droit constitutionnel — Fédéralisme coopératif — Partage des compétences — Faillite et insolvabilité — Propriété et droits civils — Séquestre — Prépondérance fédérale — Loi fédérale autorisant le tribunal à nommer, à la demande d’un créancier garanti, un séquestre capable d’agir partout au Canada — Loi provinciale imposant d’autres exigences de fond et de procédure avant qu’une action à l’égard d’une terre agricole soit intentée — Lorsque la nomination d’un séquestre national est demandée en vertu de la loi fédérale, la loi provinciale est-elle constitutionnellement inopérante en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale? — Loi sur la faillite et l’insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 243 — The Saskatchewan Farm Security Act, S.S. 1988-89, c. S-17.1, art. 9 à 22.

Un créancier garanti a demandé au tribunal, en application du par. 243(1) de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, de nommer un séquestre à l’égard de la quasi-totalité de l’actif de son débiteur, un « agriculteur » au sens de la *Saskatchewan Farm Security Act*. Le débiteur a contesté cette demande, soutenant que le créancier devait se conformer à la partie II de la *Saskatchewan Farm Security Act*, qui exige d’une personne, avant d’intenter une action

respect to farm land, a person must submit a notice of intention, await the expiry of a 150-day notice period, and engage in a mandatory review and mediation process. The chambers judge found that the provisions in Part II of *The Saskatchewan Farm Security Act* did not conflict with s. 243(1) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*. The Court of Appeal found that Part II of *The Saskatchewan Farm Security Act* frustrated the purpose of s. 243(1) of the *Bankruptcy and Insolvency Act* and was therefore inoperative in circumstances where an application is made to appoint a receiver.

Held (Côté J. dissenting): The Court of Appeal's conclusion that Part II of *The Saskatchewan Farm Security Act* is constitutionally inoperative where an application is made to appoint a receiver pursuant to s. 243(1) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, is set aside.

Per Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.: The paramountcy analysis requires consideration of whether any overlap between the federal and provincial laws constitutes a conflict sufficient to render the provincial law inoperative. Two kinds of conflict are at play: (1) an operational conflict, where compliance with both the federal and provincial law is impossible; and (2) frustration of purpose, where the provincial law thwarts the purpose of the federal law. The operational conflict branch of the paramountcy doctrine requires that there be "actual conflict" between the federal and provincial legislation. Here, there is no operational conflict because it is possible to comply with both statutes. The issue therefore centres on whether the provincial legislation frustrates the purpose of the federal legislation.

Given the guiding principle of cooperative federalism, which allows for some interplay and overlap between both federal and provincial legislation, paramountcy must be narrowly construed. Courts must take a restrained approach, and harmonious interpretations of federal and provincial legislation should be favoured. If a federal statute can be properly interpreted so as not to interfere with a provincial statute, such an interpretation is to be applied in preference to a construction which would bring about a conflict between the two statutes. Absent clear evidence that Parliament intended a broader statutory purpose, courts should avoid an expansive interpretation of the purpose of federal legislation which will bring it into conflict with provincial legislation.

à l'égard d'une terre agricole, qu'elle donne un avis d'intention, attende l'expiration du délai d'avis de 150 jours et participe à un processus obligatoire d'examen et de médiation. La juge en cabinet a conclu qu'il n'y avait pas de conflit entre les dispositions de la partie II de la *Saskatchewan Farm Security Act* et le par. 243(1) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. La Cour d'appel a conclu que la partie II de la *Saskatchewan Farm Security Act* entravait la réalisation de l'objet du par. 243(1) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et qu'elle était en conséquence inopérante dans le cas d'une demande de nomination d'un séquestre.

Arrêt (la juge Côté est dissidente) : La conclusion de la Cour d'appel, selon laquelle la partie II de la *Saskatchewan Farm Security Act* est constitutionnellement inopérante lorsqu'une demande de nomination d'un séquestre est présentée en application du par. 243(1) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, est infirmée.

Les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon : Dans le cadre de l'analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance, il faut déterminer si le chevauchement qui existe entre les lois fédérale et provinciale constitue un conflit suffisamment grave pour rendre inopérante la loi provinciale. Deux types de conflit sont en jeu : (1) un conflit d'application, lorsqu'il est impossible de respecter simultanément la loi fédérale et la loi provinciale; et (2) une incompatibilité d'objet, lorsque la loi provinciale entrave la réalisation de l'objet de la loi fédérale. Le volet relatif au conflit d'application de la doctrine de la prépondérance requiert l'existence d'un « conflit véritable » entre la loi fédérale et la loi provinciale. En l'espèce, il n'y a pas de conflit d'application, parce qu'il est possible pour une personne de se conformer aux deux lois. La question est donc de savoir si la loi provinciale entrave la réalisation de l'objet de la loi fédérale.

Compte tenu du principe directeur du fédéralisme coopératif, qui permet une certaine interaction et le chevauchement entre les lois fédérales et provinciales, la doctrine de la prépondérance doit recevoir une interprétation restrictive. Les tribunaux doivent adopter une approche restrictive et favoriser une interprétation harmonieuse des lois provinciale et fédérale. S'il est légitimement possible d'interpréter une loi fédérale de manière qu'elle n'entre pas en conflit avec une loi provinciale, il faut appliquer cette interprétation de préférence à toute autre qui entraînerait un conflit entre les deux lois. En l'absence d'une preuve claire de l'intention du législateur d'élargir l'objectif de la loi, les tribunaux doivent s'abstenir de donner à l'objet de la loi fédérale une interprétation

Clear proof of purpose is required. The burden a party faces in successfully invoking paramountcy is accordingly a high one; provincial legislation restricting the scope of permissive federal legislation is insufficient on its own.

In this case, what the evidence shows is a simple and narrow purpose for s. 243 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*: the establishment of a regime allowing for the appointment of a national receiver, thereby eliminating the need to apply for the appointment of a receiver in multiple jurisdictions.

Section 243(1) of the *Bankruptcy and Insolvency Act* authorizes a court, upon the application of a secured creditor, to appoint a receiver where such appointment is “just or convenient”. Under s. 244(1), a secured creditor who intends to enforce a security on all or substantially all of the inventory, accounts receivable or other property of an insolvent debtor that was acquired for, or used in relation to, a business carried on by the insolvent person, is generally required to send a notice of that intention to the insolvent person. Section 243(1.1) states that, where notice is to be sent under s. 244(1), the appointment of a national receiver cannot be made before the expiry of 10 days after the day on which the secured creditor sends the notice. The national receivership regime under s. 243(1) does not oust a secured creditor’s power to have a receiver appointed privately, or by court order under provincial law or any other federal law.

Part II of *The Saskatchewan Farm Security Act* is aimed at affording protection to farmers against loss of their farm land. Subject to ss. 11 to 21, s. 9(1)(d) of *The Saskatchewan Farm Security Act* prohibits commencement of any “action” with respect to farm land. This includes an application for the appointment of a receiver under s. 243(1) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*. Section 11(1)(a), however, states that, where a mortgagee makes an application with respect to a mortgage on farm land, the court may, on any terms and conditions that it considers just and equitable, order that s. 9(1)(d) does not apply. Before a mortgagee can bring an application under s. 11, a number of preconditions must be fulfilled, including a compulsory and non-waivable 150-day waiting period during which a mandatory review and mediation process occurs. Once the 150-day waiting period is over, the mortgagee may then make an application for an order granting leave to commence the action. On hearing the application, the court must presume that the farmer has a reasonable possibility of meeting his or her obligations

large qui aboutira à un conflit avec la loi provinciale. Il faut une preuve claire de l’objet. Le fardeau incombant à la partie qui invoque la doctrine de la prépondérance est par conséquent élevé; la preuve qu’une loi provinciale restreint la portée d’une loi fédérale permissive ne suffit pas.

En l’espèce, la preuve ne démontre à l’égard de l’art. 243 de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* qu’un objet simple et restreint : la création d’un régime permettant la nomination d’un séquestre national, éliminant de ce fait la nécessité de demander la nomination d’un séquestre aux tribunaux de plusieurs ressorts.

Le paragraphe 243(1) de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* permet au tribunal, sur demande d’un créancier garanti, de nommer un séquestre s’il est convaincu que cela est « juste ou opportun ». Suivant le par. 244(1), le créancier garanti qui se propose de mettre à exécution une garantie portant sur la totalité ou la quasi-totalité des stocks, des comptes à recevoir ou des autres biens d’un débiteur insolvable acquis ou utilisés dans le cadre des affaires de ce dernier, doit généralement lui en donner préavis. Selon le par. 243(1.1), lorsqu’un préavis doit être donné aux termes du par. 244(1), la nomination d’un séquestre national ne peut être faite avant l’expiration d’un délai de 10 jours après l’envoi de ce préavis. Le régime relatif au séquestre national prévu au par. 243(1) n’a pas pour effet d’écarter le pouvoir du créancier garanti de faire nommer un séquestre, à titre privé ou aux termes d’une ordonnance judiciaire rendue sous le régime d’une loi provinciale ou de toute autre loi fédérale.

La partie II de la *Saskatchewan Farm Security Act* vise à protéger les agriculteurs contre la perte de leurs terres agricoles. Sous réserve de ses art. 11 à 21, l’al. 9(1)(d) de cette loi proscriit l’introduction de toute « action » relative à des terres agricoles, ce qui inclut la demande de nomination d’un séquestre prévue au par. 243(1) de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*. Toutefois, suivant l’al. 11(1)(a), lorsqu’un créancier hypothécaire présente une demande relative à une hypothèque grevant une terre agricole, le tribunal peut, par ordonnance, selon les modalités qu’il estime justes et équitables, le soustraire à l’application de l’al. 9(1)(d). Avant de présenter une demande en application de l’art. 11, le créancier hypothécaire doit respecter plusieurs conditions; il doit notamment se soumettre à une période d’attente obligatoire de 150 jours, un délai auquel il ne peut renoncer et pendant lequel il est astreint à un processus obligatoire d’examen et de médiation. À l’expiration de la période d’attente de 150 jours, le créancier hypothécaire peut solliciter une ordonnance autorisant l’introduction de

under the mortgage, and that he or she is making a sincere and reasonable effort to meet those obligations.

As a result of the concurrent operation of s. 243(1) of the *Bankruptcy and Insolvency Act* and Part II of *The Saskatchewan Farm Security Act*, a secured creditor wishing to enforce its security interest against farm land must wait 150 days, rather than the 10 days imposed under federal law. The creditor must also comply with the various additional requirements of *The Saskatchewan Farm Security Act*, such as the statutory presumptions described above. That interference with s. 243(1), however, does not, in and of itself, constitute a conflict. A conflict will only arise if such interference frustrates the purpose of the federal regime.

Section 243's purpose is simply the establishment of a regime allowing for the appointment of a national receiver, thereby eliminating the need to apply for the appointment of a receiver in multiple jurisdictions. There is insufficient evidence for casting s. 243's purpose more widely.

There is nothing in the words of s. 243 suggesting that the 10-day waiting period imposed by the provision should be treated as a ceiling rather than a floor. The discretionary nature of the s. 243 remedy — as evidenced by the fact that the provision provides that a court “may” appoint a receiver if it is “just or convenient” to do so — lends further support to a narrower reading of the provision's purpose. A secured creditor is not entitled to appointment of a receiver. Rather, s. 243 is permissive, allowing a court to appoint a receiver where it is just or convenient. Interference with a discretion granted under federal law is not, by itself, sufficient to establish frustration of federal purpose. Nothing in the text of the provision or the *Bankruptcy and Insolvency Act* more generally suggests that s. 243 is meant to be a comprehensive remedy exclusive of provincial law.

Any uncertainty about whether s. 243 was meant to displace provincial legislation like *The Saskatchewan Farm Security Act* is further mitigated by s. 72(1) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, which explicitly recognizes the continued operation of provincial law in the bankruptcy and insolvency context, except to the extent that it is inconsistent with the *Bankruptcy and Insolvency Act*. Moreover, other provisions of the *Bankruptcy and*

l'action. Lorsqu'il instruit la demande, le tribunal doit présumer qu'il existe une possibilité raisonnable que l'agriculteur s'acquitte de ses obligations hypothécaires et qu'il déploie des efforts sincères et raisonnables pour s'acquitter de ces obligations.

En raison de l'application concurrente du par. 243(1) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et de la partie II de la *Saskatchewan Farm Security Act*, le créancier garanti qui souhaite exécuter sa garantie grevant une terre agricole doit attendre 150 jours plutôt que les 10 jours requis par la loi fédérale. Le créancier doit également satisfaire à diverses autres exigences de la *Saskatchewan Farm Security Act*, telles les présomptions légales indiquées précédemment. Or, cette interférence avec le par. 243(1) ne constitue pas en soi un conflit. Ce n'est que si cette interférence entrave la réalisation de l'objet du régime fédéral qu'il y aura conflit.

L'article 243 a simplement pour objet l'établissement d'un régime qui permet la nomination d'un séquestre national, ce qui élimine la nécessité de demander la nomination d'un séquestre aux tribunaux de plusieurs ressorts. Les éléments de preuve ne sont pas suffisants pour que l'on donne une portée plus large à l'objet de l'art. 243.

Rien dans le libellé de l'art. 243 ne laisse croire que la période d'attente de 10 jours qu'impose cet article devrait être considérée comme une période maximale plutôt que minimale. Le caractère discrétionnaire du recours prévu à l'art. 243 — comme en témoigne le fait que, aux termes de la disposition, le tribunal « peut » nommer un séquestre si cela est « juste ou opportun » — vient appuyer une interprétation plus étroite de l'objet de cette disposition. Le créancier garanti n'a pas droit à la nomination d'un séquestre. L'article 243 constitue plutôt une disposition permissive en permettant au tribunal de nommer un séquestre si cela est juste ou opportun. L'atteinte à un pouvoir discrétionnaire conféré par une loi fédérale ne suffit pas en soi pour établir l'existence d'une entrave à la réalisation d'un objectif fédéral. Ni la disposition en cause, ni la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* dans son ensemble, ne permettent de conclure que l'art. 243 se veut un recours exhaustif qui exclut l'application des lois provinciales.

Tout doute quant à savoir si l'art. 243 était censé écarter une loi provinciale comme la *Saskatchewan Farm Security Act* est encore atténué par le par. 72(1) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, lequel reconnaît explicitement que les lois provinciales continuent à s'appliquer dans un contexte de faillite et d'insolvabilité, sauf dans la mesure où elles sont incompatibles avec la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. En outre, d'autres dispositions de

Insolvency Act further support a more narrow reading of s. 243's purpose. Notably, s. 47 provides a mechanism for the appointment of an interim receiver where there is an urgent need for the appointment of a receiver.

The legislative history of s. 243 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* further supports a narrow construction of the provision's purpose — i.e., to avoid a multiplicity of proceedings and the inefficiency resulting from them. Vague and imprecise notions like timeliness or effectiveness cannot amount to an overarching federal purpose that would prevent coexistence with provincial laws.

It is notable that Parliament has recognized that the receivership provision under s. 243 can be subordinated to potentially longer delays in other federal legislation (including the federal *Farm Debt Mediation Act*). Given the presumption that Parliament does not enact related statutes that are inconsistent with one another, courts should avoid an interpretation of a federal statute which does not accommodate similar limitations imposed under a provincial statute. It follows that Parliament intended neither to preclude all notice periods longer than the 10-day notice period in the *Bankruptcy and Insolvency Act* nor to oust legislation which is intended to favour mediation between creditors and farmers.

Furthermore, on this record, there is simply no evidence to support the argument that the 150-day delay or the other conditions in *The Saskatchewan Farm Security Act* frustrate any effectiveness or timeliness concerns. It is the burden of the party invoking paramountcy to not only establish that these are, in fact, the purposes of s. 243, but also that the evidence supports a finding that the provincial law frustrates them in some way. The record is silent in that regard. Parliament's purpose of providing bankruptcy courts with the power to appoint a national receiver is not frustrated by the procedural and substantive conditions set out in the provincial legislation.

There is, as a result, no evidentiary basis for concluding that s. 243 was meant to circumvent the procedural and substantive requirements of the provincial laws where the appointment is sought. The general goals of bankruptcy or receivership cannot be used to trump the specific purpose of s. 243 and to artificially extend the provision's purpose to create a conflict with provincial legislation. Construing s. 243's purpose more broadly

cette loi viennent appuyer une interprétation plus étroite de l'objet de l'art. 243. Notamment, l'art. 47 établit un mécanisme permettant la nomination d'un séquestre intérimaire lorsqu'il est urgent de nommer un séquestre.

L'historique législatif de l'art. 243 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* vient par ailleurs étayer une interprétation étroite de l'objet de cette disposition, soit éviter la multiplicité des procédures et l'inefficacité qui en résulte. Les notions vagues et imprécises que sont la possibilité d'agir en temps opportun ou l'efficacité ne peuvent constituer un objectif fédéral général tel qu'il empêcherait la coexistence avec les lois provinciales.

Fait à noter, le législateur fédéral a reconnu que la nomination d'un séquestre au titre de l'art. 243 peut être assujettie à des délais possiblement plus longs prescrits par d'autres lois fédérales (notamment la *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole*). Compte tenu de la présomption selon laquelle le Parlement n'édicte pas de lois connexes incompatibles, les tribunaux doivent s'abstenir de donner à une loi fédérale une interprétation qui n'est pas compatible avec des restrictions semblables imposées par une loi provinciale. Par conséquent, le législateur fédéral n'entendait pas écarter tous les délais de préavis dépassant les 10 jours prescrits par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ni les lois visant à favoriser la médiation entre les créanciers et les agriculteurs.

En outre, au vu du dossier, il n'y a tout simplement aucun élément de preuve à l'appui de l'argument selon lequel le délai de 150 jours, ou les autres conditions de la *Saskatchewan Farm Security Act*, font échec à toute préoccupation en matière d'efficacité ou de possibilité d'agir en temps opportun. Il incombe à la partie qui invoque la doctrine de la prépondérance fédérale de démontrer non seulement qu'il s'agit en fait des objectifs de l'art. 243, mais aussi que la preuve permet de conclure que la loi provinciale entrave, d'une façon ou d'une autre, la réalisation de ces objectifs. Le dossier ne révèle rien à cet égard. Les conditions de fond et de procédure prescrites par la loi provinciale n'entravent pas la réalisation de l'objectif du législateur fédéral consistant à habiliter les tribunaux en matière de faillite à nommer un séquestre national.

Rien dans la preuve ne permet donc de conclure que l'art. 243 devait faire échec aux exigences de fond et de procédure énoncées dans les lois en vigueur dans la province où la demande de nomination est présentée. Les objectifs généraux des processus de faillite ou de mise sous séquestre ne peuvent servir à écarter l'objet précis de l'art. 243 et à étendre artificiellement son objet pour créer un conflit avec une loi provinciale. Interpréter plus

in the absence of clear evidence, is inconsistent with the requisite restrained approach to paramountcy.

The conclusion that Part II of *The Saskatchewan Farm Security Act* is constitutionally inoperative where an application is made to appoint a receiver pursuant to s. 243(1) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, is accordingly set aside.

Per Côté J. (dissenting): A yearning for a harmonious interpretation of both federal and provincial legislation cannot lead courts to disregard obvious purposes that are pursued in federal legislation. In the case of s. 243 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* (“*BIA*”), Parliament intended to establish a process for appointing national receivers, and intended that process to be timely, sensitive to the totality of circumstances and capable of responding to emergencies. These federal purposes are plainly evident in s. 243 *BIA*, understood in light of the realities and demands of real-time insolvency practice, s. 243’s statutory context and its legislative history. To the extent that *The Saskatchewan Farm Security Act* (“*SFSA*”) is incompatible with these purposes, there is a frustration of purpose.

Given the often frenzied rush of insolvency proceedings, secured creditors will frequently have an acute need to have a receiver appointed promptly. Implicit in the 10-day notice period of s. 243 *BIA* is the very notion of urgency.

In addition, Parliament permits secured creditors to apply for receivership before the expiry of the 10-day notice period in certain circumstances. This is evidence of Parliament’s intention to provide secured creditors with a remedy capable of adapting to the often dramatic circumstances of insolvency. The significant discretion vested in the courts suggests that Parliament wished courts to respond to each application on a case-by-case basis in light of the full factual matrix before them. Moreover, the *BIA*’s interim receivership regime confirms the vital importance of timeliness for the national full receivership.

This federal purpose of timeliness can also be discerned from the legislative history of the statutory notice provision. A full purposive analysis must account for the federal objectives that were originally given effect in the

largement l’objet de l’art. 243 en l’absence d’une preuve claire est incompatible avec l’approche restrictive qu’il convient d’adopter à l’égard de la doctrine de la prépondérance.

La conclusion selon laquelle la partie II de la *Saskatchewan Farm Security Act* est constitutionnellement inopérante lorsqu’une demande de nomination d’un séquestre est présentée en application du par. 243(1) de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* est par conséquent infirmée.

La juge Côté (dissidente) : Le souhait d’une interprétation harmonieuse des lois fédérale et provinciale ne saurait conduire les tribunaux à ignorer les objectifs évidents que vise la loi fédérale. Avec l’art. 243 de la Loi sur la faillite et l’insolvabilité (« LFI »), le législateur fédéral avait l’intention d’établir un processus de nomination d’un séquestre national qui permette d’agir avec célérité, qui tienne compte de l’ensemble des circonstances et qui soit susceptible de répondre aux situations urgentes. Ces objectifs fédéraux sont clairement évidents à l’art. 243 de la LFI, considéré à la lumière de la réalité et des exigences des procédures en matière d’insolvabilité, du contexte législatif de cet article et de son historique législatif. Dans la mesure où l’application de la Saskatchewan Farm Security Act (« SFSA ») compromet ces objectifs, il y a entrave à la réalisation de l’objet de la loi fédérale.

Compte tenu de la frénésie qui caractérise souvent le déroulement des procédures d’insolvabilité, les créanciers garantis ont fréquemment le besoin pressant d’obtenir sans délai la nomination d’un séquestre. La notion même d’urgence se dégage de la période d’avis de 10 jours prévue à l’art. 243.

De plus, le législateur fédéral a permis aux créanciers garantis de demander, dans certaines circonstances, la nomination d’un séquestre avant l’expiration du préavis de 10 jours. Cela témoigne de l’intention du législateur de fournir aux créanciers garantis un recours susceptible de s’adapter aux circonstances souvent dramatiques de l’insolvabilité. Le pouvoir discrétionnaire considérable conféré aux tribunaux indique que le législateur souhaitait qu’ils répondent à chaque demande au cas par cas en tenant compte de toutes les circonstances et du contexte factuel porté à leur connaissance. En outre, le régime de nomination du séquestre intérimaire prévu par la *LFI* confirme l’importance cruciale que revêt la célérité pour la nomination d’un séquestre national.

On peut aussi constater l’existence de cet objectif fédéral de célérité en retraçant l’historique législatif du préavis prescrit par la loi. Une analyse téléologique complète doit prendre en compte les objectifs fédéraux

statutory scheme. While s. 243 *BIA*'s introduction was prompted by a need for a national full receiver, s. 243 is the product of an incremental evolution. The foundational purposes that have animated federal receivership law since 1992 must form part of any credible account of the federal purpose underlying today's s. 243. If this Court disregards these foundational purposes in its frustration of purpose analysis, the provinces will be left free to mangle the receivership scheme.

On the argument that the special treatment afforded to farmers by the *BIA* must be included in any purposive analysis of s. 243 *BIA*, given that Parliament expressly excluded farmers from involuntary bankruptcy proceedings, one would expect that Parliament would have enacted a similar provision with regard to the appointment of a national receiver under Part XI of the *BIA*. However, there is no such provision in Part XI. In addition, there are stark differences between the federal *Farm Debt Mediation Act* ("*FDMA*") and the *SFSA*, both in their operation and the policy preferences they embody. As a result, the existence of the former cannot be taken as evidence that Parliament intended the *BIA* to coexist with the latter. The scheme of the *FDMA* is quite compatible with the balance struck in s. 243 *BIA*; if the provincial legislation had mirrored the *FDMA*, the conclusion as to frustration of federal purpose would have been different.

Although Part XI of the *BIA* contemplates some degree of interaction and overlap with provincial legislation, the essential question remains whether the operation of Part II of the *SFSA* undermines to a sufficient extent the federal purpose underlying s. 243 *BIA*. Here, if understood in more general terms, the federal purpose is clearly drawn in broad strokes, namely to establish a process for applying for a national receiver that is timely, adaptable in case of emergency and sensitive to the totality of circumstances. If a province wishes to legislate in a way that will affect the federal receivership regime, then it must do so in a manner consistent with that purpose.

In the instant case, the federal purpose has been frustrated by the important obstacles the province has deliberately placed in the way. The notice period in the *SFSA*

auxquels ce régime législatif a donné effet à l'origine. Alors que l'adoption de l'art. 243 de la *LFI* était motivée par la nécessité de prévoir la nomination d'un séquestre national, cette disposition est le fruit d'une évolution graduelle. Les objectifs fondamentaux qui ont animé l'évolution du droit fédéral en matière de mise sous séquestre depuis 1992 doivent être pris en compte si l'on veut dresser un portrait fidèle de l'objet fédéral visé à l'art. 243 actuel. Si notre Cour ignore ces objectifs fondamentaux dans son analyse visant à déterminer s'il y a entrave à la réalisation de l'objet fédéral, les provinces pourront modifier à leur gré le régime de mise sous séquestre.

Au sujet de l'argument voulant qu'il faille, dans toute analyse téléologique de l'art. 243 de la *LFI*, tenir compte du traitement spécial que la *LFI* réserve aux agriculteurs, comme le législateur a expressément soustrait les agriculteurs aux procédures de faillite involontaire, on aurait pu s'attendre à ce qu'il adopte une disposition semblable dans le cas de la nomination d'un séquestre national en vertu de la partie XI de la *LFI*. Or, on ne trouve aucune disposition en ce sens à la partie XI. De plus, il existe des différences marquées entre la *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole* (« *LMEA* ») et la *SFSA*, tant en ce qui concerne leurs modalités d'application que les grands principes que chacune incarne. Par conséquent, l'existence de la première ne saurait être considérée comme une preuve que le législateur souhaitait que la *LFI* coexiste avec la seconde. L'économie de la *LMEA* va dans le sens de l'équilibre établi à l'art. 243 de la *LFI*; si la loi provinciale reflétait la *LMEA*, la conclusion quant à l'entrave à la réalisation de l'objet de la loi fédérale aurait été différente.

Bien que la partie XI de la *LFI* permette un certain degré d'interaction et de chevauchement avec les lois provinciales, la question essentielle reste, à savoir si l'application de la partie II de la *SFSA* porte suffisamment atteinte aux objectifs fédéraux que vise l'art. 243 de la *LFI*. En l'espèce, si on le conçoit de façon plus générale, cet objet fédéral a manifestement été dessiné à grandes lignes, notamment afin d'instaurer un processus de demande de nomination d'un séquestre national qui soit rapide, qui s'adapte aux situations d'urgence et qui tienne compte de l'ensemble des circonstances. Si une province souhaite légiférer d'une façon susceptible d'avoir une incidence sur le régime fédéral de nomination de séquestre, elle doit le faire d'une manière cohérente avec l'objet fédéral en question.

En l'espèce, il y a eu entrave à la réalisation de l'objet fédéral en raison des obstacles importants que la province a délibérément mis en place. Le délai d'avis prévu à la

is far longer, and is absolute. The *SFSA* also establishes a series of evidentiary hurdles that are incompatible with Parliament's purpose. It is clear that the provincial legislation cannot operate in real time, and is in fact intended to hinder the timely appointment of a receiver, thereby triggering the application of the doctrine of federal paramountcy.

Cases Cited

By Abella and Gascon JJ.

Distinguished: *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121; **referred to:** *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *Reference re Objection by Quebec to a Resolution to amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793; *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, 2005 SCC 13, [2005] 1 S.C.R. 188; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536; *Quebec (Attorney General) v. Canada (Human Resources and Social Development)*, 2011 SCC 60, [2011] 3 S.C.R. 635; *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53; *Bank of Montreal v. Marcotte*, 2014 SCC 55, [2014] 2 S.C.R. 725; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 S.C.R. 134; *Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, 2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453; *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, 2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86; *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; *Cadillac Fairview Inc., Re* (1995), 30 C.B.R. (3d) 17; *Edgewater Casino Inc., Re*, 2009 BCCA 40, 265 B.C.A.C. 274; *Transglobal Communications Group Inc., Re*, 2009 ABQB 195, 4 Alta. L.R.

SFSA est beaucoup plus long, et il est absolu. Également, la *SFSA* crée au niveau de la preuve une série d'obstacles incompatibles avec l'objectif du Parlement. Il est évident que la loi provinciale ne peut s'appliquer en temps réel et qu'elle est en fait conçue pour décourager la nomination en temps opportun d'un séquestre. La doctrine de la prépondérance fédérale doit donc s'appliquer.

Jurisprudence

Citée par les juges Abella et Gascon

Distinction d'avec l'arrêt : *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; **arrêts mentionnés :** *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Renvoi : Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793; *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536; *Québec (Procureur général) c. Canada (Ressources humaines et Développement social)*, 2011 CSC 60, [2011] 3 R.C.S. 635; *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53; *Banque de Montréal c. Marcotte*, 2014 CSC 55, [2014] 2 R.C.S. 725; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134; *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453; *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86; *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; *Cadillac Fairview Inc., Re* (1995), 30 C.B.R. (3d) 17; *Edgewater Casino Inc.,*

(5th) 157; *GMAC Commercial Credit Corp. — Canada v. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 SCC 35, [2006] 2 S.C.R. 123; *Genra Canada Investments Inc. v. Lehndorff United Properties (Canada)* (1995), 169 A.R. 138.

By Côté J. (dissenting)

Century Services Inc. v. Canada (Attorney General), 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837; *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693; *Railside Developments Ltd., Re*, 2010 NSSC 13, 62 C.B.R. (5th) 193; *GMAC Commercial Credit Corp. — Canada v. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 SCC 35, [2006] 2 S.C.R. 123; *Jacob's Hold Inc. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2000), 52 O.R. (3d) 776; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121; *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, 2005 SCC 13, [2005] 1 S.C.R. 188.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Bankruptcy Act and to amend the Income Tax Act in consequence thereof, S.C. 1992, c. 27, ss. 89, 92.

Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act, the Companies' Creditors Arrangement Act and the Income Tax Act, S.C. 1997, c. 12, s. 114.

Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act, the Companies' Creditors Arrangement Act, the Wage Earner Protection Program Act and chapter 47 of the Statutes of Canada, 2005, Bill C-12, 2nd Sess., 39th Parl., 2007 (assented to December 14, 2007), S.C. 2007, c. 36.

Act to establish the Wage Earner Protection Program Act, to amend the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act and to make consequential amendments to other Acts, Bill C-55, 1st Sess., 38th Parl., 2005 (assented to November 25, 2005), S.C. 2005, c. 47, ss. 30 to 33, 115, 141.

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 43 to 46, 47, 48, 72(1), Part XI, 243, 244.

Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36.

Re, 2009 BCCA 40, 265 B.C.A.C. 274; *Transglobal Communications Group Inc., Re*, 2009 ABQB 195, 4 Alta. L.R. (5th) 157; *Société de crédit commercial GMAC — Canada c. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 CSC 35, [2006] 2 R.C.S. 123; *Genra Canada Investments Inc. c. Lehndorff United Properties (Canada)* (1995), 169 A.R. 138.

Citée par la juge Côté (dissidente)

Century Services Inc. c. Canada (Procureur général), 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837; *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693; *Railside Developments Ltd., Re*, 2010 NSSC 13, 62 C.B.R. (5th) 193; *Société de crédit commercial GMAC — Canada c. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 CSC 35, [2006] 2 R.C.S. 123; *Jacob's Hold Inc. c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2000), 52 O.R. (3d) 776; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(21), 92(13).

Loi édictant la Loi sur le Programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence, projet de loi C-55, 1^{re} sess., 38^e lég., 2005 (sanctionné le 25 novembre 2005), L.C. 2005, c. 47, art. 30 à 33, 115, 141.

Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et la Loi de l'impôt sur le revenu, L.C. 1997, c. 12, art. 114.

Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, la Loi sur le Programme de protection des salariés et le chapitre 47 des Lois du Canada (2005), projet de loi C-12, 2^e sess., 39^e lég., 2007 (sanctionné le 14 décembre 2007), L.C. 2007, c. 36.

Loi modifiant la Loi sur la faillite et la Loi de l'impôt sur le revenu en conséquence, L.C. 1992, c. 27, art. 89, 92.

Constitution Act, 1867, ss. 91(21), 92(13).
Farm Debt Mediation Act, S.C. 1997, c. 21, ss. 5 to 14, 7(1)(b), 12, 13(1), 14(2), 16, 20(1), 21.
Farm Debt Mediation Regulations, SOR/98-168, s. 3.
Saskatchewan Farm Security Act, S.S. 1988-89, c. S-17.1, Part II, ss. 3, 4, 9 to 22, 11 to 21, 12, 13(a), (b), 18(1), 19, 20.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40.

Authors Cited

Ben-Ishai, Stephanie, and Anthony Duggan, eds. *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law: Bill C-55, Statute c.47 and Beyond*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2007.

Bennett, Frank. *Bennett on Receiverships*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 2011.

Canada. Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency. *Proposed Bankruptcy Act Amendments: Report of the Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1986.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. IV, 3rd Sess., 34th Parl., October 29, 1991, pp. 4177-78 and 4180.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 140, No. 128, 1st Sess., 38th Parl., September 29, 2005, p. 8215.

Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Consumer and Corporate Affairs and Government Operations*, No. 7, 3rd Sess., 34th Parl., September 4, 1991, p. 12.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Industry, Natural Resources, Science and Technology. *Evidence*, No. 064, 1st Sess., 38th Parl., November 17, 2005, p. 7.

Canada. Industry Canada. Corporate, Insolvency and Competition Law Policy. *Bill C-55: clause by clause analysis* (online: www.ic.gc.ca).

Canada. Industry Canada. Marketplace Framework Policy Branch, Policy Sector. *Report on the Operation and Administration of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act*. Ottawa: Corporate and Insolvency Law Policy Directorate, 2002.

Canada. Industry Canada. Office of the Superintendent of Bankruptcy Canada. *Bill C-12: Clause by Clause Analysis* (online: www.ic.gc.ca).

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 40.
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 43 à 46, 47, 48, 72(1), partie XI, 243, 244.
Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole, L.C. 1997, c. 21, art. 5 à 14, 7(1)(b), 12, 13(1), 14(2), 16, 20(1), 21.
Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36.
Règlement sur la médiation en matière d'endettement agricole, DORS/98-168, art. 3.
Saskatchewan Farm Security Act, S.S. 1988-89, c. S-17.1, partie II, art. 3, 4, 9 à 22, 11 à 21, 12, 13(a), (b), 18(1), 19, 20.

Doctrines et autres documents cités

Ben-Ishai, Stephanie, and Anthony Duggan, eds. *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law : Bill C-55, Statute c.47 and Beyond*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2007.

Bennett, Frank. *Bennett on Receiverships*, 3rd ed., Toronto, Carswell, 2011.

Canada. Bibliothèque du Parlement. Service d'information et de recherche parlementaires. *Projet de loi C-12 : Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des salariés et le chapitre 47 des Lois du Canada (2005)*, Résumé législatif LS-584F, par Marcia Jones, Division du droit et du gouvernement, 14 décembre 2007.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de l'industrie, des ressources naturelles, des sciences et de la technologie. *Témoignages*, n° 064, 1^{re} sess., 38^e lég., 17 novembre 2005, p. 7.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 3^e sess., 34^e lég., 29 octobre 1991, p. 4177-4178 et 4180.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 140, n° 128, 1^{re} sess., 38^e lég., 29 septembre 2005, p. 8215.

Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Consommateurs et Sociétés et Administration gouvernementale*, n° 7, 3^e sess., 34^e lég., 4 septembre 1991, p. 12.

Canada. Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité. *Propositions d'amendements à la Loi sur la faillite : Rapport du Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1986.

Canada. Industrie Canada. Bureau du surintendant des faillites Canada. *Projet de loi C-12 : analyse article par article* (en ligne : www.ic.gc.ca).

- Canada. Industry Canada. Office of the Superintendent of Bankruptcy Canada. *Summary of Legislative Changes: Summary of Key Legislative Changes in Chapter 47 of the Statutes of Canada, 2005, and Chapter 36 of the Statutes of Canada, 2007* (online: www.ic.gc.ca).
- Canada. Library of Parliament. Parliamentary Information and Research Service. *Bill C-12: An Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act, the Companies' Creditors Arrangement Act, the Wage Earner Protection Program Act and Chapter 47 of the Statutes of Canada, 2005*, Legislative Summary LS-584E, by Marcia Jones, Law and Government Division, December 14, 2007.
- Canada. Senate. *Journals of the Senate*, No. 12, 2nd Sess., 37th Parl., October 29, 2002, p. 122.
- Canada. Senate. *Journals of the Senate*, No. 57, 2nd Sess., 37th Parl., May 15, 2003, p. 841.
- Canada. Senate. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce*, No. 2, 2nd Sess., 39th Parl., November 29, 2007, p. 25.
- Canada. Senate. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce*, No. 19, 1st Sess., 38th Parl., November 23, 2005, p. 55.
- Canada. Senate. Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce. *Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act*. Ottawa: Senate of Canada, 2003.
- Farley, J. M. "A Judicial Perspective on International Cooperation in Insolvency Cases" (March 1998), *17 Am. Bankr. Inst. J.* 12 (available on WL Can.).
- Jones, Richard B. "The Evolution of Canadian Restructuring: Challenges for the Rule of Law", in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2005*. Toronto: Thomson Carswell, 2006, 481.
- Layh, Donald H. *A Legacy of Protection: The Saskatchewan Farm Security Act: History, Commentary & Case Law*. Langenburg, Sask.: Twin Valley Books, 2009.
- Myers, Fred. "Justice Farley in Real Time", in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2006*. Toronto: Thomson Carswell, 2007, 19.
- Sarra, Janis P., Geoffrey B. Morawetz and L. W. Houlden. *The 2015 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act*. Toronto: Carswell, 2015.
- United Nations. Commission on International Trade Law. *Legislative Guide on Insolvency Law*. New York: United Nations, 2005.
- Walton, Luanne A. "Paramountcy: A Distinctly Canadian Solution" (2003-2004), *15 N.J.C.L.* 335.
- Canada. Industrie Canada. Bureau du surintendant des faillites Canada. *Sommaire des modifications législatives : Sommaire des principales modifications législatives apportées au chapitre 47 des Lois du Canada (2005) et au chapitre 36 des Lois du Canada (2007)* (en ligne : www.ic.gc.ca).
- Canada. Industrie Canada. Direction de l'entreprise, de la concurrence et de l'insolvabilité. *Projet de loi C-55 : analyse article par article* (en ligne : www.ic.gc.ca).
- Canada. Industrie Canada. Direction générale des politiques-cadres du marché, Secteur de la politique. *Rapport sur la mise en application de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, Ottawa, Direction des politiques du droit corporatif et de l'insolvabilité, 2002.
- Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des banques et du commerce. *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, Ottawa, Sénat du Canada, 2003.
- Canada. Sénat. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce*, n° 2, 2^e sess., 39^e lég., 29 novembre 2007, p. 25.
- Canada. Sénat. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce*, n° 19, 1^{re} sess., 38^e lég., 23 novembre 2005, p. 55.
- Canada. Sénat. *Journaux du Sénat*, n° 12, 2^e sess., 37^e lég., 29 octobre 2002, p. 122.
- Canada. Sénat. *Journaux du Sénat*, n° 57, 2^e sess., 37^e lég., 15 mai 2003, p. 841.
- Farley, J. M. « A Judicial Perspective on International Cooperation in Insolvency Cases » (March 1998), *17 Am. Bankr. Inst. J.* 12 (available on WL Can.).
- Jones, Richard B. « The Evolution of Canadian Restructuring : Challenges for the Rule of Law », in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2005*, Toronto, Thomson Carswell, 2006, 481.
- Layh, Donald H. *A Legacy of Protection : The Saskatchewan Farm Security Act : History, Commentary & Case Law*, Langenburg (Sask.), Twin Valley Books, 2009.
- Myers, Fred. « Justice Farley in Real Time », in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2006*, Toronto, Thomson Carswell, 2007, 19.
- Nations Unies. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. *Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité*, New York, Nations Unies, 2005.

Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*. Toronto: Irwin Law, 2009.

APPEAL involving a decision of the Saskatchewan Court of Appeal (Richards C.J. and Ottenbreit and Whitmore JJ.A.), 2014 SKCA 35, 433 Sask. R. 266, 371 D.L.R. (4th) 663, 11 C.B.R. (6th) 245, [2014] 6 W.W.R. 440, 602 W.A.C. 266, [2014] S.J. No. 164 (QL), 2014 CarswellSask 179 (WL Can.), affirming a decision of Rothery J., 2013 SKQB 278, [2013] 12 W.W.R. 176, [2013] S.J. No. 477 (QL), 2013 CarswellSask 531 (WL Can.). The Court of Appeal's conclusion that Part II of *The Saskatchewan Farm Security Act*, S.S. 1988-89, c. S-17.1, is constitutionally inoperative where an application is made to appoint a receiver pursuant to s. 243(1) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, is set aside, Côté J. dissenting.

Thomson Irvine and Katherine Roy, for the appellant.

No one appeared for the respondent.

Michael S. Dunn and Daniel Huffaker, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Written submissions only by *R. Richard M. Butler and Jean M. Walters*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Jeffrey M. Lee, Q.C., and *Kristen MacDonald*, for the *amicus curiae*.

The judgment of *Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.* was delivered by

[1] ABELLA AND GASCON JJ. — Prior to 2005, receivership proceedings involving assets in more

Sarra, Janis P., Geoffrey B. Morawetz and L. W. Houlden. The 2015 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act, Toronto, Carswell, 2015.

Walton, Luanne A. « Paramourncy : A Distinctly Canadian Solution » (2003-2004), 15 *R.N.D.C.* 335.

Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*, Toronto, Irwin Law, 2009.

POURVOI concernant une décision de la Cour d'appel de la Saskatchewan (le juge en chef Richards et les juges Ottenbreit et Whitmore), 2014 SKCA 35, 433 Sask. R. 266, 371 D.L.R. (4th) 663, 11 C.B.R. (6th) 245, [2014] 6 W.W.R. 440, 602 W.A.C. 266, [2014] S.J. No. 164 (QL), 2014 CarswellSask 179 (WL Can.), qui a confirmé une décision de la juge Rothery, 2013 SKQB 278, [2013] 12 W.W.R. 176, [2013] S.J. No. 477 (QL), 2013 CarswellSask 531 (WL Can.). La conclusion de la Cour d'appel, selon laquelle la partie II de la *Saskatchewan Farm Security Act*, S.S. 1988-89, c. S-17.1, est constitutionnellement inopérante lorsqu'une demande de nomination d'un séquestre est présentée en application du par. 243(1) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3, est infirmée, la juge Côté est dissidente.

Thomson Irvine et Katherine Roy, pour l'appellant.

Personne n'a comparu pour l'intimée.

Michael S. Dunn et Daniel Huffaker, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Argumentation écrite seulement par *R. Richard M. Butler et Jean M. Walters*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Jeffrey M. Lee, c.r., et *Kristen MacDonald*, pour l'*amicus curiae*.

Version française du jugement des juges *Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon* rendu par

[1] LES JUGES ABELLA ET GASCON — Avant 2005, la nécessité de nommer différents séquestres dans

than one province were complicated by the simultaneous appointment of different receivers in different jurisdictions. Because of the inefficiency resulting from this multiplicity of proceedings, the federal government amended its bankruptcy legislation to permit their consolidation through the appointment of a national receiver. This appeal involves a constitutional challenge to provincial farm legislation on the grounds that it conflicts with this national receivership regime. For the reasons that follow, we see no such conflict.

Background

[2] Lemare Lake Logging Ltd., a secured creditor, brought an application pursuant to s. 243(1) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (*BIA*), for the appointment of a receiver over substantially all of the assets except livestock of its debtor, 3L Cattle Company Ltd., a “farmer” within the meaning of *The Saskatchewan Farm Security Act*, S.S. 1988-89, c. S-17.1 (*SFSA*). 3L Cattle contested the appointment and argued that Lemare Lake had to comply with Part II of the *SFSA* before seeking the appointment of a receiver under s. 243(1).

[3] Part II of the *SFSA* provides that, before starting an action with respect to farm land, a creditor must serve a “notice of intention”, engage in mandatory mediation, and prove that the debtor has no reasonable possibility of meeting its obligations or is not making a sincere and reasonable effort to meet its obligations. This includes an action for a receivership order pursuant to s. 243(1) of the *BIA*.

[4] Lemare Lake argued that the doctrine of paramountcy rendered certain provisions of the *SFSA* constitutionally inoperative where an application is made to appoint a receiver pursuant to s. 243(1) of the *BIA*.

différents ressorts compliquait le déroulement des procédures de mise sous séquestre relatives à des biens se trouvant dans plus d’une province. En raison de l’inefficacité découlant de cette multiplicité de procédures, le gouvernement fédéral a modifié sa législation en matière de faillite afin de favoriser leur regroupement par le biais de la nomination d’un séquestre national. Ce pourvoi concerne une contestation constitutionnelle d’une loi provinciale relative aux terres agricoles au motif qu’elle entre en conflit avec ce régime de séquestre national. Pour les motifs qui suivent, nous sommes d’avis qu’il n’y a pas de conflit.

Contexte

[2] Lemare Lake Logging Ltd., une créancière garantie, a demandé au tribunal, en application du par. 243(1) de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3 (*LFI*), de nommer un séquestre à l’égard de la quasi-totalité de l’actif (à l’exclusion du bétail) de son débiteur, 3L Cattle Company Ltd., un [TRADUCTION] « agriculteur » au sens de la *Saskatchewan Farm Security Act*, S.S. 1988-89, c. S-17.1 (*SFSA*). 3L Cattle a contesté cette demande, soutenant que Lemare Lake devait se conformer à la partie II de la *SFSA* avant de demander la nomination d’un séquestre aux termes du par. 243(1).

[3] Selon la partie II de la *SFSA*, avant d’intenter une action à l’égard d’une terre agricole, un créancier est tenu de signifier un [TRADUCTION] « avis d’intention », de participer à un processus de médiation obligatoire et de démontrer qu’il n’existe aucune possibilité raisonnable que le débiteur s’acquitte de ses obligations, ou que celui-ci ne déploie aucun effort sincère et raisonnable pour s’acquitter de ses obligations. Ces mesures s’imposent aussi dans le cas d’une demande d’ordonnance de mise sous séquestre fondée sur le par. 243(1) de la *LFI*.

[4] Lemare Lake a plaidé que la doctrine de la prépondérance fédérale rendait certaines dispositions de la *SFSA* constitutionnellement inopérantes lorsqu’une demande visant la nomination d’un séquestre est présentée en application du par. 243(1) de la *LFI*.

[5] Lemare Lake and 3L Cattle were incorporated by David Dutcyvich in the 1980s. As a result of disagreements beginning in January 2010 between Mr. Dutcyvich and his two sons, the businesses were restructured, with Mr. Dutcyvich retaining the sole interest in 3L Cattle, and his two sons retaining the sole interest in Lemare Lake.

[6] In connection with the restructuring, 3L Cattle assumed the primary obligation to repay a loan of \$10 million to Concentra Financial Services Association. Lemare Lake, however, remained contingently liable for the debt. By written agreement dated December 21, 2010, 3L Cattle indemnified Lemare Lake from any liability in respect of the Concentra loan.

[7] To secure the payment and performance of its obligations to Lemare Lake, 3L Cattle gave Lemare Lake a mortgage dated January 21, 2011 in respect of its interest in 120 parcels of land in Saskatchewan, and a security interest in all non-inventory goods and equipment of 3L Cattle, including machinery, fixtures and tools, by means of a security agreement dated January 19, 2011.

[8] When 3L Cattle failed to repay the Concentra loan when it became due on January 29, 2013, Concentra sought repayment from both 3L Cattle and Lemare Lake. In turn, Lemare Lake, which was experiencing its own financial problems and had secured a protection order under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, attempted to realize on its security over 3L Cattle's assets. It accordingly applied to the Saskatchewan Court of Queen's Bench for the appointment of a national receiver pursuant to s. 243(1) of the *BIA* over substantially all of the assets of 3L Cattle, except livestock.

[9] 3L Cattle argued that because it was a "farmer" within the meaning of the *SFSA*, Lemare Lake had to comply with Part II of the *SFSA* before applying for the appointment of a national receiver. Part II

[5] Lemare Lake et 3L Cattle ont été constituées en société par David Dutcyvich dans les années 1980. À la suite de différends survenus entre M. Dutcyvich et ses deux fils à partir de janvier 2010, les entreprises ont fait l'objet d'une restructuration. M. Dutcyvich a conservé un intérêt unique dans la société 3L Cattle, alors que ses deux fils ont conservé un intérêt unique dans la société Lemare Lake.

[6] Dans le cadre de la restructuration, 3L Cattle s'est engagée principalement à rembourser à Concentra Financial Services Association un emprunt de 10 millions de dollars. Lemare Lake demeurait toutefois éventuellement responsable de la dette. Aux termes d'une entente écrite en date du 21 décembre 2010, 3L Cattle s'est engagée à indemniser Lemare Lake pour toute responsabilité à l'égard du prêt obtenu de Concentra.

[7] Afin de garantir le paiement et l'exécution de ses obligations envers Lemare Lake, 3L Cattle lui a consenti, le 21 janvier 2011, une hypothèque grevant ses droits sur 120 parcelles de terrain situées en Saskatchewan, ainsi qu'une garantie à l'égard de la totalité de ses biens, autres que les stocks, et de son équipement, notamment le matériel, les accessoires fixes et les outils, au moyen d'un contrat de garantie daté du 19 janvier 2011.

[8] Lorsque 3L Cattle a fait défaut de rembourser le prêt consenti par Concentra à son échéance, le 29 janvier 2013, Concentra a demandé à 3L Cattle et Lemare Lake de la rembourser. Cette dernière, qui éprouvait elle-même des difficultés financières et avait obtenu une ordonnance de protection en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36, a tenté de réaliser sa garantie sur les actifs de 3L Cattle. Elle a donc demandé à la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan de nommer, en application du par. 243(1) de la *LFI*, un séquestre national à l'égard de la quasi-totalité de l'actif de 3L Cattle, à l'exclusion du bétail.

[9] 3L Cattle a plaidé que, parce qu'elle était un « agriculteur » au sens de la *SFSA*, Lemare Lake devait se conformer à la partie II de la *SFSA* avant de demander la nomination d'un séquestre national. La

requires, in part, that before commencing an action with respect to farm land, a person must submit a notice of intention, await the expiry of a 150-day notice period, and engage in a mandatory review and mediation process.

[10] The chambers judge found that the provisions in Part II of the *SFSA* did not conflict with s. 243(1) of the *BIA* and dismissed Lemare Lake's application: [2013] 12 W.W.R. 176. She found no operational conflict between the federal and provincial legislation, because a secured creditor can comply with both the federal and provincial legislation by obtaining a court order under the *SFSA* permitting it to commence an action before applying for the appointment of a receiver under s. 243(1) of the *BIA*. Nor did she find any conflict in purpose. In her view, the purpose of s. 243(1) was to allow for the appointment of a national receiver, a purpose that was not frustrated by compliance with Part II of the *SFSA*. This means that a secured creditor must comply with the provisions of Part II of the *SFSA* before making an application pursuant to s. 243(1) of the *BIA*, which Lemare Lake had failed to do. The chambers judge's alternative view was that even if she had found Part II of the *SFSA* to be inoperative, she would not have appointed a receiver.

[11] The Court of Appeal dismissed Lemare Lake's appeal, agreeing with the chambers judge that a receiver should not be appointed: (2014), 433 Sask. R. 266. Nevertheless, although it was not necessary to do so in view of its conclusions on the merits of appointing a receiver, the Court of Appeal addressed the constitutional argument, not only because it had been fully argued, but because it would likely arise in the future.

[12] The Court of Appeal agreed with the chambers judge that there was no operational conflict between the federal and provincial statutes: a creditor could comply with both statutes by obtaining an order pursuant to the *SFSA* before asking to have

partie II de la *SFSA* prévoit notamment que, avant d'intenter une action à l'égard d'une terre agricole, le demandeur doit donner un avis d'intention, attendre l'expiration du délai d'avis de 150 jours et participer à un processus obligatoire d'examen et de médiation.

[10] La juge en cabinet a conclu qu'il n'y avait pas de conflit entre les dispositions de la partie II de la *SFSA* et le par. 243(1) de la *LFI* et a rejeté la demande de Lemare Lake : [2013] 12 W.W.R. 176. À son avis, il n'y avait aucun conflit d'application entre les lois fédérale et provinciale parce qu'un créancier garanti peut se conformer aux deux lois en obtenant, sous le régime de la *SFSA*, une ordonnance lui permettant d'introduire une action avant de demander la nomination d'un séquestre en application du par. 243(1) de la *LFI*. En outre, la juge a conclu qu'il n'y avait pas non plus d'entrave à la réalisation de l'objet de la loi fédérale. Selon elle, le par. 243(1) avait pour objet de permettre la nomination d'un séquestre national, et le respect de la partie II de la *SFSA* n'empêchait pas la réalisation de cet objet. Cela signifie qu'un créancier garanti doit se conformer aux dispositions de la partie II de la *SFSA* avant de présenter une demande en application du par. 243(1) de la *LFI*, ce que Lemare Lake n'avait pas fait. Subsidiairement, la juge a estimé que, même si elle avait été d'avis que la partie II de la *SFSA* était inopérante, elle n'aurait pas nommé un séquestre.

[11] La Cour d'appel a rejeté l'appel de Lemare Lake et s'est dite d'avis, comme la juge en cabinet, qu'il n'y avait pas lieu de nommer un séquestre : (2014), 433 Sask. R. 266. Néanmoins, même si ce n'était pas nécessaire compte tenu de ses conclusions sur l'opportunité de nommer un séquestre, la Cour d'appel a examiné l'argument constitutionnel, non seulement parce qu'il avait fait l'objet d'un débat exhaustif, mais aussi parce que la question pourrait être soulevée de nouveau devant les tribunaux.

[12] La Cour d'appel s'est dite d'accord avec la juge en cabinet pour conclure qu'il n'y avait pas de conflit d'application entre les lois fédérale et provinciale : un créancier pourrait se conformer aux deux lois en obtenant une ordonnance en vertu de la *SFSA*

a national receiver appointed under the *BIA*. It disagreed, however, about whether Part II of the *SFSA* frustrated the purpose of s. 243(1) of the *BIA*, stating:

. . . Part II of the *SFSA* would undermine or frustrate the purpose of s. 243 of the *BIA* in at least two significant ways. First, Part II would dramatically displace the ten-day delay contemplated by the *BIA* by obliging a creditor like Lemare Lake to wait *at least* 150 days before applying for a receivership order. . . .

Second, Part II of the *SFSA* would effectively layer on new criteria for the granting of a receivership order under the *BIA*. [Emphasis added in original; paras. 55-56.]

In the Court of Appeal's view, the purpose of s. 243 was not only to authorize the appointment of national receivers, it was to ensure that such receivers be able to act effectively in the context in which they are appointed — insolvency — where events move quickly and proceedings are time-sensitive. It accordingly concluded that “Part II of the *SFSA* is inoperative in circumstances where an application is made to appoint a receiver pursuant to s. 243(1) of the *BIA*”: para. 67.

[13] The Attorney General for Saskatchewan was granted leave to appeal to this Court. Subsequent to the decision of the Court of Appeal, however, Lemare Lake and 3L Cattle settled their dispute. The Court appointed former counsel for Lemare Lake as *amicus curiae* to respond to the submissions of the Attorney General. *Amicus* was content to have the matter heard by this Court despite its mootness. In our view, the ongoing importance of resolving this issue in Saskatchewan supports our deciding this appeal: see *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, at pp. 353 and 358-63; *Reference re Objection by Quebec to a Resolution to amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793, at p. 806. Moreover, it is worth noting that this is an appeal from the reasons, not the disposition, of the Court of Appeal, which is fully authorized by s. 40

avant de demander la nomination d'un séquestre national aux termes de la *LFI*. La Cour d'appel a cependant dit être en désaccord avec la juge quant à savoir si la partie II de la *SFSA* entravait la réalisation de l'objet du par. 243(1) de la *LFI*. La Cour d'appel a donc affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . la partie II de la *SFSA* minerait l'objet de l'art. 243 de la *LFI* ou entraverait sa réalisation, au moins à deux égards importants. Premièrement, la partie II aurait pour effet de repousser de beaucoup le délai de 10 jours prévu par la *LFI* en obligeant un créancier comme Lemare Lake à attendre *au moins* 150 jours avant de demander une ordonnance de mise sous séquestre. . . .

Deuxièmement, la partie II de la *SFSA* aurait concrètement pour effet d'imposer de nouveaux critères pour accorder une ordonnance de mise sous séquestre aux termes de la *LFI*. [En italique dans l'original; par. 55-56.]

Selon la Cour d'appel, l'art. 243 de la *LFI* avait pour objet non seulement de permettre la nomination d'un séquestre national, mais aussi de veiller à ce que celui-ci soit en mesure d'agir efficacement, compte tenu du contexte de sa nomination — l'insolvabilité —, alors que les événements évoluent rapidement et que les procédures sont assujetties à des contraintes de temps. La cour a donc conclu que « la partie II de la *SFSA* est inopérante dans le cas d'une demande de nomination d'un séquestre présentée en application du par. 243(1) de la *LFI* » : par. 67.

[13] Le procureur général de la Saskatchewan a obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour. À la suite de la décision de la Cour d'appel, Lemare Lake et 3L Cattle ont toutefois réglé leur différend. La Cour a désigné l'ancien avocat de Lemare Lake à titre d'*amicus curiae* afin qu'il réponde aux observations présentées par le procureur général. L'*amicus curiae* ne s'est pas opposé à ce que notre Cour entende l'affaire malgré son caractère théorique. À notre avis, l'importance que cette question continue de revêtir en Saskatchewan vient appuyer notre décision de trancher le présent pourvoi : voir *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, p. 353 et 358-363; *Renvoi : Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793, p. 806. De plus, il convient de noter que l'appel est

of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26: see *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965. Neither the Attorney General of Canada nor the Superintendent of Bankruptcy intervened.

[14] Before this Court, the submissions were focussed on whether ss. 9 to 22 in Part II of the *SFSA* are constitutionally inoperative when an application is made to appoint a national receiver under s. 243(1) of the *BIA* by reason of the doctrine of paramountcy. For the following reasons, we agree with the chambers judge that there is no conflict, and therefore that ss. 9 to 22 of the *SFSA* are not constitutionally inoperable.

Analysis

[15] The guiding mantra of the paramountcy analysis is that “where there is an inconsistency between validly enacted but overlapping provincial and federal legislation, the provincial legislation is inoperative to the extent of the inconsistency”: *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, [2005] 1 S.C.R. 188, at para. 11; see also *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 98; Luanne A. Walton, “Paramountcy: A Distinctly Canadian Solution” (2003-2004), 15 *N.J.C.L.* 335, at p. 335.

[16] The first step in the analysis is to determine whether the federal and provincial laws are validly enacted. This requires looking at the pith and substance of the legislation to determine whether the matter comes within the jurisdiction of the enacting legislature. Assuming both laws are validly enacted, the second step requires consideration of whether any overlap between the two laws constitutes a conflict sufficient to render the provincial law inoperative. A provincial law will be deemed to be inoperative to the extent that it conflicts with or is inconsistent with the federal law: see *Tsilhqot’in Nation v. British Columbia*, [2014] 2 S.C.R. 257, at paras. 128-30; *Canadian Western Bank v. Alberta*, [2007] 2 S.C.R. 3, at paras. 25-26 and 32.

formé contre les motifs, et non contre le dispositif, de la décision de la Cour d’appel, ce que permet pleinement l’art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26 : voir *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965. Ni le procureur général du Canada ni le surintendant des faillites ne sont intervenus.

[14] Devant notre Cour, les observations ont essentiellement porté sur la question de savoir si, en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale, les art. 9 à 22 figurant dans la partie II de la *SFSA* sont constitutionnellement inopérants lorsque la nomination d’un séquestre national est demandée en application du par. 243(1) de la *LFI*. Pour les motifs qui suivent, nous sommes d’accord avec la juge en cabinet pour dire qu’il n’y a aucun conflit, et en conséquence, que les art. 9 à 22 de la *SFSA* ne sont pas constitutionnellement inapplicables.

Analyse

[15] Selon le mantra invoqué pour l’analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance, « en cas de conflit entre une loi fédérale et une loi provinciale qui sont validement adoptées, mais qui se chevauchent, la loi provinciale devient inopérante dans la mesure de l’incompatibilité » : *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, [2005] 1 R.C.S. 188, par. 11; voir également *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 98; Luanne A. Walton, « Paramountcy : A Distinctly Canadian Solution » (2003-2004), 15 *R.N.D.C.* 335, p. 335.

[16] La première étape de l’analyse consiste à déterminer si la loi provinciale et la loi fédérale sont validement adoptées. Il faut examiner le caractère véritable de la loi afin de déterminer si la matière visée relève de la compétence du législateur qui l’a adoptée. Si les deux lois ont été validement adoptées, il faut ensuite déterminer si le chevauchement qui existe entre elles constitue un conflit suffisamment grave pour rendre inopérante la loi provinciale. Une loi provinciale sera réputée inopérante dans la mesure du conflit ou de l’incompatibilité avec la loi fédérale : voir *Nation Tsilhqot’in c. Colombie-Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 257, par. 128-130; *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 25-26 et 32.

[17] Two kinds of conflict are at play: (1) an *operational conflict*, where compliance with both the federal and provincial law is impossible; and (2) *frustration of purpose*, where the provincial law thwarts the purpose of the federal law (*Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, [2010] 2 S.C.R. 536 (COPA), at para. 64; *Rothmans, Benson & Hedges Inc.*, at paras. 11-12; *Quebec (Attorney General) v. Canada (Human Resources and Social Development)*, [2011] 3 S.C.R. 635, at para. 17; *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, [2013] 3 S.C.R. 53, at paras. 68-69; *Bank of Montreal v. Marcotte*, [2014] 2 S.C.R. 725, at para. 80).

[18] The operational conflict branch of the paramountcy doctrine requires that there be “actual conflict” between the federal and provincial legislation, that is, “the same citizens are being told to do inconsistent things”: *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at p. 191. Stated otherwise, operational conflict arises “where one enactment says ‘yes’ and the other says ‘no’, such that ‘compliance with one is defiance of the other’”: COPA, at para. 64, citing *Multiple Access Ltd.*, at p. 191; see also *Ryan Estate*, at para. 68; *Rothmans, Benson & Hedges Inc.*, at para. 11. In *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961, for example, an order granting leave to commence foreclosure proceedings under provincial legislation in circumstances where a stay had been granted under a federal statute, was found to be operationally inconsistent because the order made under the provincial statute purported to authorize the very litigation that the federal stay prohibited: paras. 39-42.

[19] Under the second branch of the paramountcy analysis, provincial legislation will be found to be inoperative when it frustrates the purpose of a federal law: *Canadian Western Bank*, at para. 73. In *Law Society of British Columbia v. Mangat*, [2001] 3 S.C.R. 113, for example, this Court held that provincial legislation prohibiting non-lawyers from practising law for a fee before a tribunal, conflicted

[17] Deux types de conflit sont en jeu : (1) un *conflit d’application*, lorsqu’il est impossible de respecter simultanément la loi fédérale et la loi provinciale; et (2) une *incompatibilité d’objet*, lorsque la loi provinciale entrave la réalisation de l’objet de la loi fédérale (*Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, [2010] 2 R.C.S. 536 (COPA), par. 64; *Rothmans, Benson & Hedges Inc.*, par. 11-12; *Québec (Procureur général) c. Canada (Ressources humaines et Développement social)*, [2011] 3 R.C.S. 635, par. 17; *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, [2013] 3 R.C.S. 53, par. 68-69; *Banque de Montréal c. Marcotte*, [2014] 2 R.C.S. 725, par. 80).

[18] Le volet relatif au conflit d’application de la doctrine de la prépondérance requiert l’existence d’un « conflit véritable » entre la loi fédérale et la loi provinciale, c’est-à-dire qu’« on demande aux mêmes citoyens d’accomplir des actes incompatibles » : *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 191. Autrement dit, le conflit d’application survient lorsqu’« une loi dit “oui” et l’autre dit “non”, de sorte que “l’observance de l’une entraîne l’inobservance de l’autre” » : COPA, par. 64, citant *Multiple Access Ltd.*, p. 191; voir également *Ryan (Succession)*, par. 68; *Rothmans, Benson & Hedges Inc.*, par. 11. Par exemple, dans *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961, une ordonnance accordait l’autorisation d’intenter une action en foreclosure en vertu d’une loi provinciale alors qu’une suspension des recours avait été décrétée en vertu d’une loi fédérale. La Cour a conclu à l’incompatibilité opérationnelle parce que l’ordonnance rendue en vertu de la loi provinciale visait à autoriser le litige même que la suspension ordonnée conformément à la loi fédérale interdisait : par. 39-42.

[19] Selon le deuxième volet de l’analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance, la loi provinciale sera jugée inopérante lorsqu’elle entrave la réalisation de l’objet d’une loi fédérale : *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 73. Dans *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113, par exemple, notre Cour a statué qu’il existait un conflit entre une loi provinciale interdisant aux

with federal legislation providing that a non-lawyer could represent a party before the Immigration and Refugee Board, even for a fee. Acknowledging that dual compliance was not strictly impossible because a person could either join the Law Society or not charge a fee, the Court nonetheless found the provincial law to be “contrary to Parliament’s purpose”: para. 72.

[20] Significantly, against the background of the two paramountcy paradigms of operational conflict and frustration of purpose, this Court cautioned in *Canadian Western Bank* that “[t]he fact that Parliament has legislated in respect of a matter does not lead to the presumption that in so doing it intended to rule out any possible provincial action in respect of that subject”: para. 74. The fundamental rule of constitutional interpretation is, instead, that “[w]hen a federal statute can be properly interpreted so as not to interfere with a provincial statute, such an interpretation is to be applied in preference to another applicable construction which would bring about a conflict between the two statutes”: *Canadian Western Bank*, at para. 75, citing *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, at p. 356; see also *Ryan Estate*, at para. 69.

[21] Given the guiding principle of cooperative federalism, paramountcy must be narrowly construed. Whether under the operational conflict or the frustration of federal purpose branches of the paramountcy analysis, courts must take a “restrained approach”, and harmonious interpretations of federal and provincial legislation should be favoured over interpretations that result in incompatibility: *Reference re Securities Act*, [2011] 3 S.C.R. 837, at paras. 59-60, citing *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at p. 18, per Dickson C.J. (concurring); see also *Canadian Western Bank*, at paras. 37 and 75.

non-avocats d’exercer le droit devant un tribunal moyennant rétribution, et la loi fédérale autorisant des non-avocats à représenter une partie devant la Commission de l’immigration et du statut de réfugié, et ce même contre rémunération. Tout en reconnaissant que le respect de ces deux lois n’était pas absolument impossible puisqu’une personne pouvait devenir membre du Barreau ou renoncer à une rétribution, la Cour a néanmoins conclu que la loi provinciale allait « à l’encontre de l’intention du Parlement » : par. 72.

[20] Fait important à signaler, après avoir exposé les deux paradigmes de la doctrine de la prépondérance, le conflit d’application et l’entrave à la réalisation de l’objet d’une loi fédérale, la Cour a précisé dans *Banque canadienne de l’Ouest* que « [l]e fait que le législateur fédéral ait légiféré sur une matière n’entraîne pas la présomption qu’il a voulu, par là, exclure toute possibilité d’intervention provinciale sur le sujet » : par. 74. La règle d’interprétation constitutionnelle fondamentale veut plutôt que « [c]haque fois qu’on peut légitimement interpréter une loi fédérale de manière qu’elle n’entre pas en conflit avec une loi provinciale, il faut appliquer cette interprétation de préférence à toute autre qui entraînerait un conflit » : *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 75, citant *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, p. 356; voir également *Ryan (Succession)*, par. 69.

[21] Compte tenu du principe directeur du fédéralisme coopératif, la doctrine de la prépondérance doit recevoir une interprétation restrictive. Que l’analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance porte sur le conflit d’application ou sur l’entrave à l’objet d’une loi fédérale, les tribunaux doivent adopter une « approche restrictive » et donner aux lois provinciale et fédérale une interprétation harmonieuse plutôt qu’une interprétation qui donne lieu à une incompatibilité : *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, [2011] 3 R.C.S. 837, par. 59-60, citant *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, p. 18, le juge en chef Dickson (motifs concordants); voir également *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 37 et 75.

[22] Constitutional doctrine should give due weight to the principle of cooperative federalism: *Canadian Western Bank*, at para. 24. This principle allows for some interplay, and indeed overlap, between both federal and provincial legislation: see *OPSEU*, at p. 18; see also *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, at p. 669; *Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 S.C.R. 134, at para. 18. Cooperative federalism accordingly “normally favours — except where there is an actual conflict — the application of valid rules adopted by governments at both levels as opposed to favouring a principle of relative inapplicability designed to protect powers assigned exclusively to the federal government or to the provinces”: *Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, [2010] 2 S.C.R. 453, at para. 118, per Deschamps J. (dissenting).

[23] While the principle of cooperative federalism cannot be seen as imposing limits on the otherwise valid exercise of legislative competence, it may be invoked to “facilitate interlocking federal and provincial legislative schemes and to avoid unnecessary constraints on provincial legislative action”: *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, [2015] 1 S.C.R. 693, at paras. 17-19. In line with this principle, absent clear evidence that Parliament intended a broader statutory purpose, courts should avoid an expansive interpretation of the purpose of federal legislation which will bring it into conflict with provincial legislation. As this Court said in *Marcotte*, “care must be taken not to give too broad a scope to paramountcy on the basis of frustration of federal purpose”: para. 72; see also *Canadian Western Bank*, at para. 74. This means that the purpose of federal legislation should not be artificially broadened beyond its intended scope. To improperly broaden the intended purpose of a federal enactment is inconsistent with the principle of cooperative federalism. At some point in the future, it may be argued that the two branches of the paramountcy test are no longer analytically necessary or useful, but that is a question for another day.

[22] Les doctrines constitutionnelles doivent accorder au principe du fédéralisme coopératif toute la place qui lui revient : *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 24. Ce principe permet une certaine interaction, et même le chevauchement, entre les lois fédérales et provinciales : voir *SEFPO*, p. 18; voir également *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, p. 669; *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134, par. 18. Par conséquent, « sauf conflit réel, le fédéralisme coopératif favorise normalement l'application des normes valides édictées par les deux ordres de gouvernement plutôt que le recours à un principe d'inapplicabilité relative visant à protéger les compétences exclusives attribuées au fédéral ou aux provinces » : *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, [2010] 2 R.C.S. 453, par. 118, la juge Deschamps (dissidente).

[23] Bien que l'on ne puisse considérer que le principe du fédéralisme coopératif impose des limites à l'exercice par ailleurs valide de la compétence législative, ce principe peut être invoqué « pour faciliter l'intégration des régimes législatifs fédéraux et provinciaux et éviter l'imposition de contraintes inutiles aux interventions législatives provinciales » : *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 693, par. 17-19. Conformément à ce principe, en l'absence d'une preuve claire de l'intention du législateur d'élargir l'objectif de la loi, les tribunaux doivent s'abstenir de donner à l'objet de la loi fédérale une interprétation large qui aboutira à un conflit avec la loi provinciale. Ainsi que l'a affirmé la Cour dans l'arrêt *Marcotte*, « il faut prendre garde de ne pas conférer à cette doctrine une portée trop large dès qu'il y a entrave à l'objectif fédéral » : par. 72; voir également *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 74. Ainsi, il ne faut pas étendre artificiellement la portée de l'objet de la loi fédérale au-delà de la portée que le législateur entendait lui donner. L'élargissement indu de l'objet que vise une loi fédérale est incompatible avec le principe du fédéralisme coopératif. D'aucuns pourraient éventuellement faire valoir que les deux volets de l'analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance ne sont plus nécessaires ou utiles au plan analytique, mais nous ne sommes pas saisis de cette question dans le cadre de ce pourvoi.

[24] The litigation in this case proceeded on the assumption that s. 243 of the *BIA* and Part II of the *SFSA* were validly enacted. Section 243 of the *BIA* falls within Parliament's exclusive power to enact laws in relation to bankruptcy and insolvency, while Part II of the *SFSA* falls within Saskatchewan's power to enact laws in relation to property and civil rights: *Constitution Act, 1867*, ss. 91(21) and 92(13).

[25] The parties essentially accepted the conclusion of the chambers judge and the Court of Appeal about the absence of operational conflict because it is possible to comply with both statutes by obtaining an order under the *SFSA* before seeking the appointment of a receiver under s. 243 of the *BIA*. The creditor can comply with both laws by observing the longer periods required by provincial law. In that regard, the federal law is permissive and the provincial law, more restrictive. This has been regularly considered not to constitute an operational conflict: *Ryan Estate*, at para. 76; *COPA*, at para. 65; *Canadian Western Bank*, at para. 100; *Rothmans, Benson & Hedges Inc.*, at paras. 22-24; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241, at para. 35; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 964. The issue before this Court therefore centres on whether the Court of Appeal was right to conclude that the provincial legislation frustrates the purpose of the federal legislation.

[26] To prove that provincial legislation frustrates the purpose of a federal enactment, the party relying on the doctrine "must first establish the purpose of the relevant federal statute, and then prove that the provincial legislation is incompatible with this purpose": *COPA*, at para. 66; *Marcotte*, at para. 73; see also *Canadian Western Bank*, at para. 75; *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, [2007] 2 S.C.R. 86, at para. 77. Clear proof of purpose is required: *COPA*, at para. 68. The burden a party faces in successfully invoking paramountcy is accordingly a high one; provincial legislation restricting the scope of permissive federal legislation

[24] En l'espèce, on a tenu pour acquis que l'art. 243 de la *LFI* et la partie II de la *SFSA* avaient été validement adoptés. L'article 243 de la *LFI* relève du pouvoir exclusif du Parlement de légiférer en matière de banqueroute et de faillite, alors que la partie II de la *SFSA* relève du pouvoir de la province de la Saskatchewan de légiférer en matière de propriété et de droits civils : *Loi constitutionnelle de 1867*, par. 91(21) et 92(13).

[25] Les parties ont accepté pour l'essentiel les conclusions de la juge en cabinet et de la Cour d'appel quant à l'absence de conflit d'application, parce qu'il est possible pour une personne de se conformer aux deux lois en obtenant une ordonnance en application de la *SFSA* avant de demander la nomination d'un séquestre en vertu de l'art. 243 de la *LFI*. Le créancier peut se conformer aux deux lois en observant les périodes plus longues que prescrit la loi provinciale. À cet égard, la loi fédérale est permissive alors que la loi provinciale est plus restrictive. La Cour a régulièrement considéré que cela ne constituait pas un conflit d'application : *Ryan (Succession)*, par. 76; *COPA*, par. 65; *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 100; *Rothmans, Benson & Hedges Inc.*, par. 22-24; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, par. 35; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 964. Notre Cour est donc appelée à trancher la seule question de savoir si la Cour d'appel a eu raison de conclure que la loi provinciale entrave la réalisation de l'objet de la loi fédérale.

[26] Afin de prouver que la loi provinciale entrave la réalisation de l'objet d'une loi fédérale, la partie qui invoque la doctrine de la prépondérance « doit d'abord établir l'objet de la loi fédérale pertinente et ensuite prouver que la loi provinciale est incompatible avec cet objet » : *COPA*, par. 66; *Marcotte*, par. 73; voir également *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 75; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, [2007] 2 R.C.S. 86, par. 77. Il faut une preuve claire de l'objet : *COPA*, par. 68. Le fardeau incombant à la partie qui invoque la doctrine de la prépondérance est par conséquent élevé; une loi provinciale qui restreint la portée d'une

is insufficient on its own: *COPA*, at para. 66; see also *Ryan Estate*, at para. 69.

[27] And, as previously noted, paramountcy must be applied with restraint. In the absence of “very clear” statutory language to the contrary, courts should not presume that Parliament intended to “occupy the field” and render inoperative provincial legislation in relation to the subject: *Canadian Western Bank*, at para. 74, citing *Rothmans, Benson & Hedges Inc.*, at para. 21. As this Court explained in advocating a similar restrained approach to inter-jurisdictional immunity in *Canadian Western Bank*, at para. 37:

The “dominant tide” [of allowing for a fair amount of interplay and indeed overlap between federal and provincial powers] finds its principled underpinning in the concern that a court should favour, where possible, the ordinary operation of statutes enacted by *both* levels of government. In the absence of conflicting enactments of the other level of government, the Court should avoid blocking the application of measures which are taken to be enacted in furtherance of the public interest. Professor Paul Weiler wrote over 30 years ago that

the court should refuse to try to protect alleged, but as yet unoccupied, enclaves of governmental power against the intrusions of another representative legislature which has ventured into the area. Instead, the court should try to restrict itself to the lesser but still important role of interpreting statutes of different jurisdictions in the same area, in order to avoid conflict, and applying a doctrine of paramountcy in the few situations which are left.

(“The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism” (1973), 23 *U.T.L.J.* 307, at p. 308) [Emphasis in original.]

[28] It is in light of the above principles that we turn to the federal and provincial provisions at issue.

[29] Section 243(1) is found in Part XI of the *BIA*, dealing with secured creditors and receivers. It authorizes a court, upon the application of a secured

loi fédérale permissive ne suffit pas en soi pour établir une entrave : *COPA*, par. 66; voir également *Ryan (Succession)*, par. 69.

[27] En outre, comme nous l’avons vu, la doctrine de la prépondérance doit être appliquée avec retenue. En l’absence d’un texte législatif « clair à cet effet », les tribunaux ne devraient pas supposer que le Parlement entendait « occuper tout le champ » et rendre inopérante la loi provinciale en la matière : *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 74, citant *Rothmans, Benson & Hedges Inc.*, par. 21. Comme la Cour l’a expliqué en préconisant une telle retenue à l’égard de l’exclusivité des compétences dans *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 37 :

Le fondement logique du « courant dominant » [qui permet passablement d’interaction et même de chevauchement en ce qui concerne les pouvoirs fédéraux et provinciaux] tient à la volonté que les tribunaux privilégient, dans la mesure du possible, l’application régulière des lois édictées par *les deux* ordres de gouvernement. En l’absence de textes législatifs conflictuels de la part de l’autre ordre de gouvernement, la Cour devrait éviter d’empêcher l’application de mesures considérées comme ayant été adoptées en vue de favoriser l’intérêt public. Le professeur Paul Weiler a écrit ce qui suit il y a plus de 30 ans :

[TRADUCTION] [L]a cour devrait refuser d’essayer de protéger les possibles enclaves, encore inoccupées, du pouvoir gouvernemental contre les ingérences d’une autre assemblée législative représentative qui s’est aventurée dans le domaine. La cour devrait plutôt chercher à s’en tenir au rôle plus modeste, mais néanmoins important qui consiste à interpréter les lois édictées par les différents ressorts dans un même domaine, dans un but d’éviter les conflits, et à appliquer la doctrine de la prépondérance dans les rares cas qui restent.

(« The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism » (1973), 23 *U.T.L.J.* 307, p. 308) [En italique dans l’original.]

[28] C’est au regard des principes énoncés ci-dessus que nous examinons les dispositions de la loi fédérale et de la loi provinciale en cause.

[29] Le paragraphe 243(1) se trouve dans la partie XI de la *LFI*, qui porte sur les créanciers garantis et les séquestres. Il permet au tribunal, sur demande

creditor, to appoint a receiver where such appointment is “just or convenient”:

243. (1) Subject to subsection (1.1), on application by a secured creditor, a court may appoint a receiver to do any or all of the following if it considers it to be just or convenient to do so:

- (a) take possession of all or substantially all of the inventory, accounts receivable or other property of an insolvent person or bankrupt that was acquired for or used in relation to a business carried on by the insolvent person or bankrupt;
- (b) exercise any control that the court considers advisable over that property and over the insolvent person’s or bankrupt’s business; or
- (c) take any other action that the court considers advisable.

[30] In s. 243, courts are given the authority to appoint a receiver with the power to act nationally, thereby eliminating the need to apply to courts in multiple jurisdictions for the appointment of a receiver.

[31] Under s. 244(1), a secured creditor who intends to enforce a security on all or substantially all of the inventory, accounts receivable or other property of an insolvent debtor that was acquired for, or used in relation to, a business carried on by the insolvent person, is generally required to send a notice of that intention to the insolvent person. Section 243(1.1) states that, where notice is to be sent under s. 244(1), the appointment of a national receiver cannot be made before the expiry of 10 days after the day on which the secured creditor sends the notice:

(1.1) In the case of an insolvent person in respect of whose property a notice is to be sent under subsection 244(1), the court may not appoint a receiver under subsection (1) before the expiry of 10 days after the day on which the secured creditor sends the notice unless

- (a) the insolvent person consents to an earlier enforcement under subsection 244(2); or
- (b) the court considers it appropriate to appoint a receiver before then.

d’un créancier garanti, de nommer un séquestre s’il est convaincu que cela est « juste ou opportun » :

243. (1) Sous réserve du paragraphe (1.1), sur demande d’un créancier garanti, le tribunal peut, s’il est convaincu que cela est juste ou opportun, nommer un séquestre qu’il habilite :

- a) à prendre possession de la totalité ou de la quasi-totalité des biens — notamment des stocks et comptes à recevoir — qu’une personne insolvable ou un failli a acquis ou utilisés dans le cadre de ses affaires;
- b) à exercer sur ces biens ainsi que sur les affaires de la personne insolvable ou du failli le degré de prise en charge qu’il estime indiqué;
- c) à prendre toute autre mesure qu’il estime indiquée.

[30] L’article 243 accorde au tribunal le pouvoir de nommer un séquestre capable d’agir partout au Canada, ce qui élimine la nécessité de demander la nomination d’un séquestre aux tribunaux de plusieurs ressorts.

[31] Suivant le par. 244(1), le créancier garanti qui se propose de mettre à exécution une garantie portant sur la totalité ou la quasi-totalité des stocks, des comptes à recevoir ou des autres biens d’un débiteur insolvable acquis ou utilisés dans le cadre des affaires de ce dernier, doit généralement lui en donner préavis. Selon le par. 243(1.1), lorsqu’un préavis doit être donné aux termes du par. 244(1), la nomination d’un séquestre national ne peut être faite avant l’expiration d’un délai de 10 jours après l’envoi de ce préavis :

(1.1) Dans le cas d’une personne insolvable dont les biens sont visés par le préavis qui doit être donné par le créancier garanti aux termes du paragraphe 244(1), le tribunal ne peut faire la nomination avant l’expiration d’un délai de dix jours après l’envoi de ce préavis, à moins :

- a) que la personne insolvable ne consente, aux termes du paragraphe 244(2), à l’exécution de la garantie à une date plus rapprochée;
- b) qu’il soit indiqué, selon lui, de nommer un séquestre à une date plus rapprochée.

[32] The national receivership regime does not oust a secured creditor's power to have a receiver appointed privately, or by court order under provincial law or any other federal law. Where, however, that receiver takes possession or control of all or substantially all of the inventory, accounts receivable or other property of the insolvent debtor or bankrupt, he or she is a "receiver" for purposes of Part XI of the *BIA* and must comply with the provisions in that part: see s. 243(2).

[33] The provincial scheme at issue, the *SFSA*, was enacted in 1988, with roots in legislation governing Saskatchewan farm land dating back several decades: see Donald H. Layh, *A Legacy of Protection: The Saskatchewan Farm Security Act: History, Commentary & Case Law* (2009), at pp. 54-57.

[34] Part II of the *SFSA* is entitled "Farm Land Security". Its purpose is "to afford protection to farmers against loss of their farm land": s. 4.

[35] Subject to ss. 11 to 21, s. 9(1)(d) of the *SFSA* prohibits commencement of any "action" with respect to farm land. "[A]ction" is defined in s. 3 to include an action in court by a mortgagee with respect to farm land for the sale or possession of mortgaged farm land: s. 3(a)(ii). It includes an application for the appointment of a receiver under s. 243(1) of the *BIA*. Section 11(1)(a) states that, where a mortgagee makes an application with respect to a mortgage on farm land, the court may, on any terms and conditions that it considers just and equitable, order that s. 9(1)(d) does not apply. Where such an order is made, the mortgagee may then commence or continue an action with respect to that mortgage: s. 11(2). Failure to seek an order pursuant to s. 11 renders any action commenced without an order a nullity: s. 11(3).

[32] Le régime relatif au séquestre national n'a pas pour effet d'écarter le pouvoir du créancier garanti de faire nommer un séquestre, à titre privé ou aux termes d'une ordonnance judiciaire rendue sous le régime d'une loi provinciale ou de toute autre loi fédérale. Cependant, lorsque la personne ainsi nommée prend en sa possession ou sous sa responsabilité la totalité ou la quasi-totalité des stocks, des comptes à recevoir ou des autres biens d'un débiteur insolvable ou failli, elle a qualité de « séquestre » pour l'application de la partie XI de la *LFI* et elle doit respecter les dispositions de cette partie : voir le par. 243(2).

[33] Le régime provincial en cause, la *SFSA*, a été adopté en 1988 et puise ses origines dans les lois régissant les terres agricoles de la Saskatchewan qui remontent à plusieurs décennies : voir Donald H. Layh, *A Legacy of Protection: The Saskatchewan Farm Security Act: History, Commentary & Case Law* (2009), p. 54-57.

[34] La partie II de la *SFSA* est intitulée [TRADUCTION] « Protection des terres agricoles » et elle a pour objet de « protéger les agriculteurs contre la perte de leurs terres agricoles » : art. 4.

[35] Sous réserve des art. 11 à 21, l'al. 9(1)(d) de la *SFSA* proscriit l'introduction de toute [TRADUCTION] « action » relative à des terres agricoles. Le terme « action » est défini à l'art. 3 et comprend l'action en justice intentée par un créancier hypothécaire en vue de la vente ou de la prise de possession de terres agricoles sur lesquelles il détient une hypothèque : sous-al. 3(a)(ii). Est assimilée à une action la demande de nomination d'un séquestre prévue au par. 243(1) de la *LFI*. Suivant l'al. 11(1)(a), lorsqu'un créancier hypothécaire présente une demande relative à une hypothèque grevant une terre agricole, le tribunal peut, par ordonnance, selon les modalités qu'il estime justes et équitables, le soustraire à l'application de l'al. 9(1)(d). Le créancier hypothécaire peut alors intenter ou poursuivre une action relative à l'hypothèque en question : par. 11(2). Le défaut de solliciter l'ordonnance visée à l'art. 11 a pour effet de rendre nulle toute action en justice : par. 11(3).

[36] Before a mortgagee can bring an application under s. 11, however, s. 12 sets out a number of preconditions. Most notably, the mortgagee must serve a notice of intention on the Farm Land Security Board and on the farmer: s. 12(1). There is then a compulsory and non-waivable 150-day waiting period required before an application can be made: s. 12(1). This notice triggers a mandatory review and mediation process between the mortgagee and the farmer, conducted with the assistance of the board: s. 12(2) to (5). Prior to the expiry of the 150-day waiting period, the board must prepare a report to consider as part of the mortgagee's application to begin the action: ss. 12(12), (13) and 13(b). Once the 150-day waiting period is over, the mortgagee may then make an application for an order granting leave to commence the action: see s. 12(1).

[37] On hearing the application, the court must presume that the farmer has a reasonable possibility of meeting his or her obligations under the mortgage, and that he or she is making a sincere and reasonable effort to meet those obligations: s. 13(a). The mortgagee, in turn, has the statutory burden of proving that either the farmer has no reasonable possibility of meeting these obligations or that he or she is not making a sincere and reasonable effort to do so: s. 18(1). Ultimately, the court must dismiss the application if it is satisfied that it is not "just and equitable" according to the purpose and spirit of the *SFSA* to make the order: s. 19. If the application is dismissed, no further application pursuant to s. 11 or notice pursuant to s. 12 may be made with respect to the mortgage on that farm land for one year: s. 20.

[38] As a result of the concurrent operation of s. 243(1) of the *BIA* and Part II of the *SFSA*, a secured creditor wishing to enforce its security interest against farm land must wait 150 days, rather than the 10 days imposed under federal law. The creditor must also comply with the various additional

[36] Toutefois, l'art. 12 énonce plusieurs conditions que le créancier hypothécaire doit respecter avant de présenter une demande en application de l'art. 11. Il doit notamment signifier un avis d'intention à la Farm Land Security Board (la « Commission ») et à l'agriculteur : par. 12(1). Avant de présenter une demande, il est ensuite soumis à une période d'attente obligatoire de 150 jours, un délai auquel le débiteur ne peut renoncer : par. 12(1). Cet avis amorce entre le créancier hypothécaire et l'agriculteur un processus obligatoire d'examen et de médiation mené avec l'aide de la Commission : par. 12(2) à (5). Avant l'expiration de la période d'attente de 150 jours, la Commission doit préparer un rapport dont il sera tenu compte dans le cadre de la demande présentée par le créancier hypothécaire en vue d'introduire l'action : par. 12(12), (13) et al. 13(b). À l'expiration de la période d'attente de 150 jours, le créancier hypothécaire peut solliciter une ordonnance autorisant l'introduction de l'action : voir le par. 12(1).

[37] Lorsqu'il instruit la demande, le tribunal doit présumer qu'il existe une possibilité raisonnable que l'agriculteur s'acquitte de ses obligations hypothécaires et qu'il déploie des efforts sincères et raisonnables pour s'acquitter de ces obligations : al. 13(a). De son côté, le créancier hypothécaire a le fardeau légal de démontrer qu'il n'existe aucune possibilité raisonnable que l'agriculteur s'acquitte de ses obligations ou que celui-ci ne déploie pas des efforts sincères et raisonnables pour s'acquitter de ses obligations : par. 18(1). En fin de compte, le tribunal doit rejeter la demande s'il est convaincu qu'il n'est pas [TRADUCTION] « juste et équitable », selon l'objet et l'esprit de la *SFSA*, de prononcer l'ordonnance demandée : art. 19. Si la demande est rejetée, l'hypothèque sur la terre agricole concernée ne peut faire l'objet d'aucune autre demande en application de l'art. 11 ni d'aucun avis suivant l'art. 12, et ce, pendant un an : art. 20.

[38] En raison de l'application concurrente du par. 243(1) de la *LFI* et de la partie II de la *SFSA*, le créancier garanti qui souhaite exécuter sa garantie grevant une terre agricole doit attendre 150 jours plutôt que les 10 jours requis par la loi fédérale. Le créancier doit également satisfaire à diverses autres

requirements of the *SFSA*, such as the statutory presumptions described above. That interference with s. 243(1), however, does not, in and of itself, constitute a conflict. A conflict will only arise if such interference frustrates the purpose of the federal regime. This requires inquiring into the purpose of s. 243(1).

[39] In this case, the parties disagree about the purpose of s. 243 of the *BIA* and whether it is frustrated by the *SFSA*. According to the Attorney General for Saskatchewan, the main purpose of the receivership power under s. 243 is to allow for a national receiver. In its view, the purpose of Part XI of the *BIA* is to provide for the appointment of a single receiver with authority to act throughout the country, rather than requiring a creditor to apply for a receiver in each province, and to provide a uniform set of standards for all receivers of an insolvent, regardless of the authority for the appointment.

[40] *Amicus*, on the other hand, submits that the appointment of a national receiver is only part of s. 243's broader purpose. According to *amicus*, effective insolvency law requires flexibility and prompt and timely access to remedies such as a receivership, without regard to the idiosyncrasies of provincial law. Section 243 was intended to provide secured creditors with an entitlement to apply for the appointment of a receiver within a certain period of time, and to obtain such appointment exclusively in accordance with the substantive requirements found in the federal law.

[41] Citing no parliamentary debates or reports concerning the amendments to s. 243 which created the national receivership remedy in 2005, *amicus* relies instead on case law and secondary sources about the importance of timeliness in insolvency proceedings more generally to support his contention that Parliament must have intended to grant secured creditors the right to apply to a court for an order appointing a national receiver subject *only* to a 10-day notice period, a right which provincial legislatures should not be allowed to qualify or restrict: e.g., *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*,

exigences de la *SFSA*, telles les présomptions légales indiquées précédemment. Or, cette interférence avec le par. 243(1) ne constitue pas en soi un conflit. Ce n'est que si cette interférence entrave la réalisation de l'objet du régime fédéral qu'il y aura conflit. Il convient donc d'examiner l'objet du par. 243(1).

[39] En l'espèce, les parties ne s'entendent pas sur l'objet de l'art. 243 de la *LFI* ni sur la question de savoir si la *SFSA* en entrave la réalisation. Selon le procureur général de la Saskatchewan, le pouvoir en matière de mise sous séquestre de l'art. 243 a pour objet principal de permettre la nomination d'un séquestre national. À son avis, la partie XI de la *LFI* a pour objet de permettre la nomination d'un séquestre unique habilité à agir dans l'ensemble du pays, plutôt que d'obliger le créancier à demander la nomination d'un séquestre dans chaque province, et d'établir un ensemble uniforme de règles applicables à tous les séquestres d'une personne insolvable, quel que soit le fondement de la nomination.

[40] Par contre, l'*amicus curiae* fait valoir que la nomination d'un séquestre national n'est qu'un aspect de l'objectif plus général de l'art. 243. Il ajoute qu'une loi efficace en matière d'insolvabilité nécessite une certaine souplesse et doit offrir un accès rapide et en temps opportun à des mesures de redressement comme la mise sous séquestre, sans égards aux particularités d'une loi provinciale. L'article 243 visait à accorder aux créanciers garantis le droit de demander la nomination d'un séquestre dans un délai précis, et d'obtenir cette nomination conformément aux seules exigences de fond de la loi fédérale.

[41] L'*amicus curiae* n'a pas invoqué les débats parlementaires ou les rapports relatifs aux modifications apportées à l'art. 243, qui ont créé le recours en nomination d'un séquestre national en 2005. Il s'appuie plutôt sur la jurisprudence et les sources secondaires traitant de l'importance d'agir en temps opportun dans les procédures d'insolvabilité de façon plus générale, pour étayer sa prétention selon laquelle le législateur fédéral aurait voulu conférer aux créanciers garantis le droit de demander au tribunal de nommer un séquestre national, sous réserve *uniquement* d'une période de préavis de 10 jours, un

[2010] 3 S.C.R. 379, at para. 58; *Cadillac Fairview Inc., Re* (1995), 30 C.B.R. (3d) 17 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at para. 7; Hon. Justice J. M. Farley, “A Judicial Perspective on International Cooperation in Insolvency Cases” (March 1998), 17 *Am. Bankr. Inst. J.* 12; Fred Myers, “Justice Farley in Real Time”, in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2006* (2007), 19; United Nations Commission on International Trade Law, *Legislative Guide on Insolvency Law* (2005), at p. 12. We note that these cases and sources for the most part relate to restructurings conducted under the *Companies’ Creditors Arrangement Act*. The restructuring proceedings under this Act, *not* proceedings under Canadian bankruptcy and insolvency law in general, have been referred to as the “hothouse of real-time litigation”: see Richard B. Jones, “The Evolution of Canadian Restructuring: Challenges for the Rule of Law”, in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2005* (2006), 481, at p. 484. “Real-time litigation” is a judicially developed phrase used primarily in restructuring cases: *Edgewater Casino Inc., Re* (2009), 265 B.C.A.C. 274, at para. 21; *Transglobal Communications Group Inc., Re* (2009), 4 Alta. L.R. (5th) 157 (Q.B.), at para. 48. A judicially coined expression, however magnetically phrased, that describes judicial practices in the context of restructurings, can hardly be said to be evidence of the legislative purpose of a national receivership regime.

[42] *Amicus* also relies on a 1986 report from the Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency which emphasized the need for prompt access to courts as part of its analysis of specific recommendations stemming from a more general proposal to amend Canada’s bankruptcy legislation at that time for the purpose of controlling the appointment and conduct of a receiver of an insolvent debtor: *Proposed Bankruptcy Act Amendments: Report of the Advisory Committee on Bankruptcy and*

droit que les législateurs provinciaux ne sauraient assortir de conditions ou de restrictions : p. ex., *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2010] 3 R.C.S. 379, par. 58; *Cadillac Fairview Inc., Re* (1995), 30 C.B.R. (3d) 17 (C. Ont. (Div. gén.)), par. 7; le juge J. M. Farley, « A Judicial Perspective on International Cooperation in Insolvency Cases » (mars 1998), 17 *Am. Bankr. Inst. J.* 12; Fred Myers, « Justice Farley in Real Time », dans Janis P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2006* (2007), 19; Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *Guide législatif sur le droit de l’insolvabilité* (2005), p. 12-13. Nous faisons remarquer que ces décisions et ces sources ont trait, pour la plupart, aux réorganisations menées aux termes de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Ce sont les procédures en réorganisation en vertu de cette loi, et *non* les procédures en vertu de la législation canadienne en matière de faillite et d’insolvabilité en général, qui ont été qualifiées de [TRADUCTION] « pépinière du contentieux en temps réel » : voir Richard B. Jones, « The Evolution of Canadian Restructuring : Challenges for the Rule of Law », dans Janis P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2005* (2006), 481, p. 484. L’expression « contentieux en temps réel » consacrée par les tribunaux est employée principalement dans les affaires de réorganisation : *Edgewater Casino Inc., Re* (2009), 265 B.C.A.C. 274, par. 21; *Transglobal Communications Group Inc., Re* (2009), 4 Alta. L.R. (5th) 157 (B.R.), par. 48. Il n’est guère possible d’affirmer que cette expression, si empreinte de magnétisme soit-elle, qui décrit les pratiques judiciaires dans le contexte des réorganisations, puisse correspondre à l’un des objectifs que visait le législateur en créant le régime de séquestre national.

[42] *L’amicus curiae* cite également un rapport établi en 1986 par le Comité consultatif en matière de faillite et d’insolvabilité qui, dans le cadre de son analyse des recommandations spécifiques découlant d’une proposition plus générale d’apporter des modifications à la loi canadienne en matière de faillite, soulignait la nécessité de faciliter l’accès aux procédures judiciaires. On voulait à l’époque régler la nomination et la conduite du séquestre du débiteur insolvable : *Propositions d’amendements à la*

Insolvency (1986), at pp. 40 and 43-44. This report was issued some 20 years before the 2005 amendments to s. 243 and did not deal with the national receiver.

[43] Finally, *amicus* asserts that timeliness is critical to achieving the particular objectives of receivership in general, which include not only enforcement of the secured party's security interest, but also replacing inefficient management and facilitating the sale of the business as a going concern: see Roderick J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2009), at pp. 467-69. In his book, however, Professor Wood does not mention timeliness as one of the purposes of s. 243, either in his discussion of the foundations of receivership law generally (c. 17) or in his specific comments on the 2005 and 2007 legislative reforms that led to the amendments to s. 243: pp. 466-67.

[44] It is against this backdrop that *amicus* submits that s. 243 must be read. According to *amicus*, this evidence proves that the purpose of s. 243 is to establish an effective national receivership remedy, one which is timely and flexible, and applies uniformly across the country.

[45] This is, in our respectful view, insufficient evidence for casting s. 243's purpose so widely. As the Court explained in *COPA*, at para. 68, "clear proof of purpose" is required to successfully invoke federal paramountcy on the basis of frustration of federal purpose. The totality of the evidence presented by *amicus* does not meet this high burden. While cases and secondary sources can obviously be helpful in identifying a provision's purpose, the sources cited by *amicus* merely establish promptness and timeliness as general considerations in bankruptcy and receivership processes. The absence of sufficient evidence supporting *amicus*'s claim about the broad purpose of s. 243 is fatal to his claim. What the evidence shows instead is a simple and narrow purpose: the establishment of a

Loi sur la faillite : Rapport du Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité (1986), p. 43-44 et 46-48. Ce rapport a été publié une vingtaine d'années avant que l'art. 243 ne soit modifié en 2005 et il ne traitait pas du séquestre national.

[43] Enfin, l'*amicus curiae* affirme que la possibilité d'agir en temps opportun est essentielle pour réaliser les objectifs précis de la mise sous séquestre en général, qui consistent non seulement à permettre au créancier garanti d'exécuter sa garantie, mais aussi à remplacer une direction inefficace et à faciliter la vente de l'entreprise en exploitation : voir Roderick J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2009), p. 467-469. Dans son ouvrage toutefois, le professeur Wood n'indique pas que la possibilité d'agir en temps opportun soit un des objets de l'art. 243, que ce soit dans l'examen qu'il fait des origines de la mise sous séquestre en général (c. 17) ou dans les observations précises relatives aux réformes législatives de 2005 et 2007 qui ont mené aux modifications apportées à l'art. 243 : p. 466-467.

[44] C'est dans ce contexte qu'il convient, selon l'*amicus curiae*, d'interpréter l'art. 243. À son avis, ces éléments de preuve démontrent que l'art. 243 a pour objet la création, par la nomination d'un séquestre national, d'un recours efficace qui soit à la fois souple, applicable au moment opportun et uniforme dans tout le pays.

[45] Avec égards, nous estimons que ces éléments de preuve ne sont pas suffisants pour que l'on donne une portée aussi large à l'objet de l'art. 243. Comme l'a expliqué la Cour dans *COPA*, au par. 68, pour invoquer avec succès la doctrine de la prépondérance fédérale parce que la réalisation de l'objet est entravée, il faut « une preuve claire de l'objet ». L'ensemble de la preuve présentée par l'*amicus curiae* n'atteint pas ce seuil élevé. Si les décisions et les sources secondaires peuvent de toute évidence s'avérer utiles pour cerner l'objet d'une disposition, les sources que cite l'*amicus curiae* établissent simplement que la célérité et la possibilité d'agir en temps opportun constituent des considérations générales dans les processus de faillite et de mise sous séquestre. L'absence d'éléments de preuve suffisants

regime allowing for the appointment of a national receiver, thereby eliminating the need to apply for the appointment of a receiver in multiple jurisdictions.

[46] Section 243(1.1) states that, in the case of an insolvent person in respect of whose property a notice is to be sent under s. 244(1), the court may not appoint a receiver under s. 243(1) before the expiry of 10 days after the day on which the secured creditor sends the notice, unless the insolvent person consents or the court considers it appropriate to appoint a receiver sooner. The effect of the provision is to set a minimum waiting period. This does not preclude *longer* waiting periods under provincial law. There is nothing in the words of the provision suggesting that this waiting period should be treated as a ceiling, rather than a floor, nor is there any authority that supports treating the waiting period as a maximum.

[47] In fact, the discretionary nature of the s. 243 remedy — as evidenced by the fact that the provision provides that a court “may” appoint a receiver if it is “just or convenient” to do so — lends further support to a narrower reading of the provision’s purpose. A secured creditor is not entitled to appointment of a receiver. Rather, s. 243 is permissive, allowing a court to appoint a receiver where it is just or convenient. Provincial interference with a discretion granted under federal law is not, by itself, sufficient to establish frustration of federal purpose: *COPA*, at para. 66; see also *114957 Canada Ltée*.

[48] This case is thus easily distinguishable from *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121, where the Court held that a security interest created pursuant to federal law could not, constitutionally, be subjected to the procedures for enforcement of

quant à la large portée de l’objet de l’art. 243 porte un coup fatal à la thèse de l’*amicus curiae*. Ce qui ressort de la preuve, c’est plutôt un objet simple et restreint : la création d’un régime permettant la nomination d’un séquestre national, éliminant de ce fait la nécessité de demander la nomination d’un séquestre aux tribunaux de plusieurs ressorts.

[46] Selon le par. 243(1.1), dans le cas d’une personne insolvable dont les biens sont visés par le préavis que doit donner le créancier garanti aux termes du par. 244(1), le tribunal ne peut faire la nomination d’un séquestre aux termes du par. 243(1) avant l’expiration d’un délai de 10 jours après l’envoi de ce préavis, à moins que la personne insolvable ne consente à la nomination d’un séquestre à une date plus rapprochée, ou que le tribunal estime indiqué de nommer un séquestre à une date plus rapprochée. Cette disposition a pour effet de fixer une période minimale d’attente, ce qui n’exclut pas des périodes d’attentes *plus longues* prévues par la loi provinciale. Rien dans le libellé de cette disposition ne laisse croire que cette période d’attente devrait être considérée comme une période maximale plutôt que minimale, et aucune source n’indique qu’il s’agirait d’une période maximale.

[47] En fait, le caractère discrétionnaire du recours prévu à l’art. 243 — comme en témoigne le fait que, aux termes de la disposition, le tribunal « peut » nommer un séquestre si cela est « juste ou opportun » — vient appuyer une interprétation plus étroite de l’objet de cette disposition. Le créancier garanti n’a pas droit à la nomination d’un séquestre. L’article 243 constitue plutôt une disposition permissive en permettant au tribunal de nommer un séquestre si cela est juste ou opportun. L’atteinte d’une province à un pouvoir discrétionnaire conféré par une loi fédérale ne suffit pas en soi pour établir l’existence d’une entrave à la réalisation d’un objectif fédéral : *COPA*, par. 66; voir également *114957 Canada Ltée*.

[48] La présente affaire se distingue donc nettement de l’affaire *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121, où la Cour a statué qu’une sûreté établie en vertu d’une loi fédérale ne pouvait pas, au point de vue constitutionnel, être assujettie

security interests prescribed by provincial legislation. Unlike the self-executing remedy at issue in that case, where the bank could seize the chattel upon default without the need to go to court, the appointment of a s. 243 receiver is not mandatory. More importantly, in contrast with *Hall*, the s. 243 receivership remedy cannot be said to create a “complete code”: p. 155. Nothing in the text of the provision or the *BIA* more generally suggests that s. 243 is meant to be a comprehensive remedy, exclusive of provincial law. The provision itself recognizes that a receiver may still be appointed under a security agreement or other provincial or federal laws, and creates no right to the appointment of a national receiver: s. 243(2)(b). As this Court observed in *COPA*, at para. 66, “permissive federal legislation, without more, will not establish that a federal purpose is frustrated when provincial legislation restricts the scope of the federal permission”.

[49] Any uncertainty about whether s. 243 was meant to displace provincial legislation like the *SFSA* is further mitigated by s. 72(1) of the *BIA*, which states:

72. (1) The provisions of this Act shall not be deemed to abrogate or supersede the substantive provisions of any other law or statute relating to property and civil rights that are not in conflict with this Act, and the trustee is entitled to avail himself of all rights and remedies provided by that law or statute as supplementary to and in addition to the rights and remedies provided by this Act.

This too demonstrates that Parliament has explicitly recognized the continued operation of provincial law in the bankruptcy and insolvency context, except to the extent that it is inconsistent with the *BIA*: see *GMAC Commercial Credit Corp. — Canada v. T.C.T. Logistics Inc.*, [2006] 2 S.C.R. 123, at paras. 46-47.

[50] Other provisions of the *BIA* further support a more narrow reading of s. 243’s purpose.

aux procédures d’exécution des sûretés que prescrit une loi provinciale. Contrairement au recours automatique en exécution dont il était question dans cette affaire, qui permettait à la banque de saisir les biens meubles en cas de défaut de paiement sans devoir s’adresser au tribunal, la nomination d’un séquestre aux termes de l’art. 243 n’est pas obligatoire. Qui plus est, contrairement à ce qu’on a vu dans *Hall*, le recours en nomination d’un séquestre prévu à l’art. 243 ne saurait créer un « code complet » : p. 155. Ni la disposition en cause, ni la *LFI* dans son ensemble, ne permettent de conclure que l’art. 243 se veut un recours exhaustif qui exclut l’application des lois provinciales. La disposition elle-même prévoit qu’un séquestre peut être nommé aux termes d’un contrat de garantie ou sous le régime de toute autre loi fédérale ou provinciale; aucun droit à la nomination d’un séquestre national n’y est créé : al. 243(2)b). Comme l’a fait observer notre Cour dans l’arrêt *COPA*, au par. 66, « une loi fédérale permissive, sans plus, ne permettra pas d’établir l’entrave de son objet par une loi provinciale qui restreint la portée de la permissivité de la loi fédérale ».

[49] Tout doute quant à savoir si l’art. 243 était censé écarter une loi provinciale comme la *SFSA* est encore atténué par le par. 72(1) de la *LFI*, lequel prévoit ce qui suit :

72. (1) La présente loi n’a pas pour effet d’abroger ou de remplacer les dispositions de droit substantif d’une autre loi ou règle de droit concernant la propriété et les droits civils, non incompatibles avec la présente loi, et le syndic est autorisé à se prévaloir de tous les droits et recours prévus par cette autre loi ou règle de droit, qui sont supplémentaires et additionnels aux droits et recours prévus par la présente loi.

Cette disposition démontre elle aussi que le Parlement a explicitement reconnu que les lois provinciales continuent à s’appliquer dans un contexte de faillite et d’insolvabilité, sauf dans la mesure où elles sont incompatibles avec la *LFI* : voir *Société de crédit commercial GMAC — Canada c. T.C.T. Logistics Inc.*, [2006] 2 R.C.S. 123, par. 46-47.

[50] D’autres dispositions de la *LFI* viennent appuyer une interprétation plus étroite de l’objet

Notably, s. 47 of the *BIA* empowers a court to appoint an interim receiver where a notice of intention to enforce a security was sent or is about to be sent under s. 244(1). Where there is an urgent need for the appointment of a receiver, the *BIA* thus provides a mechanism for the appointment of an interim receiver. As Bennett has observed:

In practice, a secured creditor may apply for an interim receiver under subsection 47(1) for a short term, and then apply under section 243 for a full receivership and, before the appointment of the interim receiver expires or, alternatively, apply for an extension under subsection 47(1)(c).

(Frank Bennett, *Bennett on Receiverships* (3rd ed. 2011), at p. 883)

While s. 48 of the *BIA* provides that ss. 43 to 46 do not apply to individuals whose principal occupation is farming, the provision does not exempt farmers from the operation of s. 47. This shows that Parliament thinks farmers generally warrant special consideration, but not in cases where an interim receiver under s. 47 is found to be warranted. Promptness and timeliness is a concern that Parliament appears to have addressed precisely through the interim receivership regime. The potential conflict, if any, between s. 47 of the *BIA* and Part II of the *SFSA* is not, however, at issue in this appeal.

[51] The legislative history of s. 243 of the *BIA* further supports a narrow construction of the provision's purpose focussed on the establishment of a national receivership regime. The purpose of a court-appointed receiver, generally, "is to preserve and protect the property in question pending resolution of the issues between the parties": Bennett, at p. 6, citing *Gentra Canada Investments Inc. v. Lehndorff United Properties (Canada)* (1995), 169 A.R. 138 (C.A.). While historically receivership law was primarily a remedy for secured creditors,

de l'art. 243. Notamment, l'art. 47 de la *LFI* habilite le tribunal à nommer un séquestre intérimaire lorsqu'un préavis de l'intention de mettre à exécution une garantie a été envoyé aux termes du par. 244(1) ou est sur le point de l'être. Lorsqu'il est urgent de nommer un séquestre, la *LFI* établit donc un mécanisme permettant la nomination d'un séquestre intérimaire. Comme le fait observer F. Bennett :

[TRADUCTION] En pratique, le créancier garanti peut demander, aux termes du par. 47(1), qu'un séquestre intérimaire soit nommé pour une courte période, puis il peut demander, en application de l'art. 243, la mise sous séquestre de la totalité des biens du débiteur et, avant l'expiration du mandat du séquestre intérimaire, ou subsidiairement, il peut demander une prorogation du délai précisé aux termes de l'alinéa 47(1)(c).

(Frank Bennett, *Bennett on Receiverships* (3^e éd. 2011), p. 883)

L'article 48 de la *LFI* prévoit que les art. 43 à 46 ne s'appliquent pas aux particuliers dont la principale activité est l'agriculture, mais n'exempte pas les agriculteurs de l'application de l'art. 47. Cela démontre que le Parlement estime que les agriculteurs méritent en général un traitement spécial, sauf dans le cas où la nomination d'un séquestre intérimaire aux termes de l'art. 47 est considérée comme étant justifiée. La célérité et la possibilité d'agir en temps opportun sont des préoccupations auxquelles le législateur semble avoir remédié précisément au moyen du régime de mise sous séquestre intérimaire. Or, le conflit potentiel, s'il en est, entre l'art. 47 de la *LFI* et la partie II de la *SFSA* n'est pas en cause dans le présent pourvoi.

[51] L'historique législatif de l'art. 243 de la *LFI* vient par ailleurs étayer une interprétation étroite de l'objet de cette disposition axée sur l'établissement d'un régime national de mise sous séquestre. De façon générale, le séquestre nommé par le tribunal a pour rôle [TRADUCTION] « de conserver et de protéger les biens visés jusqu'à ce que les parties règlent leurs différends » : Bennett, p. 6, citant *Gentra Canada Investments Inc. c. Lehndorff United Properties (Canada)* (1995), 169 A.R. 138 (C.A.). Si, dans le passé, le droit en matière de mise sous séquestre

the legislative regulation of receiverships has resulted in many significant rights also being given to the debtor and other interested parties as well: Wood, at p. 459.

[52] Part XI of the *BIA* was added to the Act in 1992, bringing under federal law various aspects of receivership law that had previously applied to insolvent debtors at common law or under provincial legislation: S.C. 1992, c. 27, s. 89. In discussing the rationale for Part XI's adoption, Pierre Blais, the then-Minister of Consumer and Corporate Affairs and Minister of State (Agriculture), suggested that Part XI was enacted "to impose duties of disclosure and good faith on secured creditors and receivers and to require that a secured creditor give a debtor notice before enforcing its security": *House of Commons Debates*, vol. IV, 3rd Sess., 34th Parl., October 29, 1991, at pp. 4177-78. He further noted, in the context of a discussion about the legislation more generally, that he had "made a point of consulting closely with [his] provincial counterparts to ensure [the federal] regime meshes smoothly with existing or planned provincial ones": p. 4180.

[53] Although the 1992 legislation did not create a national receivership remedy, it amended the *BIA* in two ways that are particularly relevant to this appeal. First, it codified a 10-day notice period under s. 244 for secured creditors seeking to enforce a security on all or substantially all of the inventory, accounts receivable or other property of a business debtor. As Professor Wood explains, the requirement of a notice period developed initially at common law as a way to protect against the potential abuse of power by secured creditors: p. 474. The introduction in 1992 of a statutory notice period largely eliminated uncertainty associated with the common law rule: Wood, at p. 476. The purpose of the s. 244 notice requirement is "to provide an insolvent person with an opportunity to negotiate and reorganize financial affairs": Janis P. Sarra, Geoffrey B. Morawetz and L. W. Houlden, *The 2015 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act* (2015), at p. 1054; see also House of Commons, *Minutes of*

offrait principalement un recours aux créanciers garantis, la réglementation législative de la mise sous séquestre a fait en sorte que plusieurs droits importants ont également été conférés au débiteur ainsi qu'à d'autres parties intéressées : Wood, p. 459.

[52] La partie XI a été ajoutée à la *LFI* en 1992 et a introduit dans la loi fédérale divers aspects du droit en matière de mise sous séquestre qui s'appliquaient auparavant aux débiteurs insolubles en common law ou sous le régime des lois provinciales : L.C. 1992, c. 27, art. 89. En expliquant les raisons justifiant l'adoption de la partie XI, Pierre Blais, alors ministre des Consommateurs et des Sociétés et ministre d'État (Agriculture), a indiqué que la partie XI a été adoptée afin « d'imposer aux créanciers garantis et aux séquestres l'obligation de divulgation et de diligence et d'exiger des créanciers garantis qui se proposent de mettre à exécution une garantie qu'ils en donnent préavis au débiteur » : *Débats de la chambre des communes*, vol. IV, 3^e sess., 34^e lég., 29 octobre 1991, p. 4177-4178. Il a ajouté, au sujet de la loi dans son ensemble, qu'il avait « tenu à avoir d'étroites consultations avec [ses] homologues provinciaux pour faire en sorte que [la] formule [fédérale] concorde avec les systèmes provinciaux existants ou prévus » : p. 4180.

[53] Bien que la loi de 1992 n'ait pas créé un recours en nomination de séquestre national, elle a modifié la *LFI* à deux égards particulièrement importants pour le présent pourvoi. Premièrement, elle a codifié à l'art. 244 l'obligation de donner un préavis de 10 jours imposée au créancier garanti qui cherche à mettre à exécution une garantie portant sur la totalité ou la quasi-totalité des biens, des stocks et des comptes à recevoir d'une entreprise débitrice. Comme l'explique le professeur Wood, l'exigence d'une période de préavis a été initialement établie en common law comme moyen de protection contre d'éventuels abus de pouvoir des créanciers garantis : p. 474. L'instauration dans la loi, en 1992, d'une période de préavis a eu en grande partie comme effet de dissiper l'incertitude au sujet de la règle de common law : Wood, p. 476. Le préavis prévu à l'art. 244 a pour objet [TRADUCTION] « de donner à la personne insolvable la possibilité de négocier et de réorganiser ses

Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Consumer and Corporate Affairs and Government Operations, No. 7, 3rd Sess., 34th Parl., September 4, 1991, at p. 12, Ron MacDonald (Vice-chairman of the Committee). Second, the 1992 amendments gave the courts expanded authority when appointing interim receivers under the *BIA*: Wood, at pp. 461-62; Bennett, at pp. 841-42. This new regime was intended “to prevent the prejudice that might otherwise be caused by the imposition of [the] new statutory notice period”: Wood, at p. 461.

[54] The 1992 legislation provided for parliamentary review of the *BIA* in three years’ time: s. 92. In 1993, an advisory committee was established to identify further necessary amendments: Stephanie Ben-Ishai and Anthony Duggan, eds., *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law: Bill C-55, Statute c.47 and Beyond* (2007), at p. 3. Although s. 243 remained unchanged when Parliament enacted legislation amending the *BIA* in 1997, the 1997 amendments called for further parliamentary review in five years’ time: S.C. 1997, c. 12, s. 114.

[55] In anticipation of this review, Industry Canada engaged in a consultation process with stakeholders, culminating in a report published in 2002 summarizing many issues that stakeholders identified as concerns with regard to the operation and administration of the *BIA*: Marketplace Framework Policy Branch, Policy Sector, *Report on the Operation and Administration of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies’ Creditors Arrangement Act*. In its report, Industry Canada noted that Part XI of the *BIA* had not been effective and had not been used as intended in many areas of the country: p. 20.

[56] For its part, the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce, which was ultimately charged with examining and reporting to

finances » : Janis P. Sarra, Geoffrey B. Morawetz et L. W. Houlden, *The 2015 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act* (2015), p. 1054; voir également Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Consommateurs et Sociétés et Administration gouvernementale*, n° 7, 3^e sess., 34^e lég., 4 septembre 1991, p. 12, Ron MacDonald (vice-président du Comité). Deuxièmement, les modifications apportées en 1992 conféraient aux tribunaux un pouvoir élargi lors de la nomination des séquestres intérimaires en vertu de la *LFI* : Wood, p. 461-462; Bennett, p. 841-842. Ce nouveau régime visait à [TRADUCTION] « prévenir le préjudice que l’imposition [du] nouveau délai de préavis pourrait autrement causer » : Wood, p. 461.

[54] La loi de 1992 prévoyait qu’un examen parlementaire de la *LFI* aurait lieu trois ans après son entrée en vigueur : art. 92. En 1993, un comité consultatif a été mis sur pied pour vérifier si d’autres modifications étaient nécessaires : Stephanie Ben-Ishai et Anthony Duggan, dir., *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law : Bill C-55, Statute c.47 and Beyond* (2007), p. 3. Bien que l’art. 243 soit demeuré inchangé lorsque le Parlement a adopté une loi modifiant la *LFI* en 1997, cette dernière loi prévoyait un autre examen parlementaire dans un délai de cinq ans : L.C. 1997, c. 12, art. 114.

[55] En prévision de cet examen, Industrie Canada a mené des consultations auprès des intéressés, suivies d’un rapport publié en 2002 qui résume plusieurs points que les intéressés ont qualifiés de préoccupants quant à l’application et à l’administration de la *LFI* : Direction générale des politiques-cadres du marché, Secteur de la politique, *Rapport sur la mise en application de la Loi sur la faillite et l’insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Dans son rapport, Industrie Canada a noté que la partie XI de la *LFI* ne s’était pas révélée efficace et que, dans plusieurs régions du pays, on ne s’en était pas prévalu de la manière prévue : p. 25.

[56] Pour sa part, le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, chargé en fin de compte d’examiner l’administration et l’application

Parliament on the administration and operation of the *BIA*,¹ identified problems with the operation of the interim receivership regime in the legislation: *Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act* (2003), at pp. 144-45. The Committee observed that in many jurisdictions, courts had extended the powers of interim receivers to such an extent that they closely resembled those of court-appointed receivers. The problem was that, while exercising similar powers, interim receivers were not bound by the duties and responsibilities of court-appointed receivers. The Committee therefore recommended that the role and powers of interim receivers as well as the duration of their appointment be clarified, suggesting that interim receivers be the “temporary watchdog[s]” that they were initially intended to be: pp. 144-45.

[57] Professor Wood, at p. 462, discussed what impelled the expansive approach to interim receivership in some jurisdictions:

One of the reasons for conferring such wide powers on interim receivers was that it effectively gave rise to a national receivership. Prior to this, receivers were appointed pursuant to provincial law and it was necessary to seek the assistance of courts of other provinces to give effect to the order there. The availability of a national receivership [through the interim receivership regime] meant that an order had full force and effect in every Canadian province and territory.

[58] In 2005, Parliament responded by passing Bill C-55: S.C. 2005, c. 47. Bill C-55 not only clarified the scope and powers of interim receivers, but also amended Part XI of the *BIA* and introduced a national receivership remedy: ss. 30 to 33 and 115.

¹ Canada, Senate, *Journals of the Senate*, No. 12, 2nd Sess., 37th Parl., October 29, 2002, at p. 122, and No. 57, May 15, 2003, at p. 841.

de la *LFI* et de faire rapport au Parlement¹, a décelé des problèmes liés à l'application des dispositions relatives à la mise sous séquestre intérimaire : *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (2003), p. 159-160. Le Comité a fait observer que, dans plusieurs ressorts, les tribunaux avaient élargi les pouvoirs du séquestre intérimaire à un point tel qu'ils ressemblaient fortement à ceux d'un séquestre nommé par le tribunal. Le problème tenait au fait que, même s'il exerçait des pouvoirs similaires, le séquestre intérimaire n'était pas tenu aux devoirs et responsabilités d'un séquestre nommé par le tribunal. Le Comité a donc recommandé que le rôle et les pouvoirs du séquestre intérimaire ainsi que la durée de ses fonctions soient précisés, et a proposé que le séquestre intérimaire soit le « gardien temporaire » qu'il devait être à l'origine : p. 159-160.

[57] Le professeur Wood a examiné, à la p. 462, ce qui avait motivé l'adoption d'une conception large du rôle du séquestre intérimaire dans certains ressorts :

[TRADUCTION] L'une des raisons de conférer au séquestre intérimaire des pouvoirs aussi vastes était qu'on avait ainsi un séquestre national. Le séquestre était auparavant nommé au titre d'une loi provinciale et il fallait s'adresser aux tribunaux des autres provinces pour pouvoir y faire exécuter l'ordonnance de nomination. La possibilité de nommer un séquestre national [au moyen du régime de nomination d'un séquestre intérimaire] signifiait que l'ordonnance de nomination s'appliquait intégralement dans chaque province et territoire au Canada.

[58] En 2005, le législateur a réagi en adoptant le projet de loi C-55 : L.C. 2005, c. 47. Non seulement ce projet de loi précisait-il la portée et la nature des pouvoirs conférés au séquestre intérimaire, mais il apportait aussi des modifications à la partie XI de la *LFI* et introduisait un recours en nomination d'un séquestre national : art. 30 à 33 et 115.

¹ Canada, Sénat, *Journaux du Sénat*, n° 12, 2^e sess., 37^e lég., 29 octobre 2002, p. 122, et n° 57, 15 mai 2003, p. 841.

[59] In describing the rationale for the 2005 amendments, Industry Canada explained that courts in some jurisdictions had undermined the original intention of the interim receivership remedy by granting interim receivers wide-ranging powers for indefinite periods. The purpose of the reforms to s. 47 was to limit the period of an interim receiver appointment and the powers that may be granted to interim receivers, while s. 243(1) was intended to “allow the bankruptcy court to appoint a receiver with the power to act nationally”, thereby “eliminating the need to apply to the courts in multiple jurisdictions for the appointment of a receiver”: Industry Canada, *Bill C-55: clause by clause analysis* (online), Bill Clause Nos. 30 and 115.

[60] There is little in the legislative debate surrounding Bill C-55’s adoption. While not decisive in itself, Don Boudria, a member of Parliament, commented that the national receivership remedy was aimed at “cover[ing] the gap” caused by changes to the interim receivership regime and that a national receiver “would be able to operate in any province”: *House of Commons Debates*, vol. 140, No. 128, 1st Sess., 38th Parl., September 29, 2005, at p. 8215. Professor Wood echoes this view and explains:

Instead of using an interim receiver as a means of appointing a receiver who can operate nationally, the amendments give the bankruptcy courts the power to appoint a national receiver. The court may give the receiver the power to take possession of the debtor’s property, exercise control over the debtor’s business, and take any other action that the court thinks advisable. This gives the court the ability to make the same wide-ranging orders that it formerly made in respect of interim receivers, including the power to sell the debtor’s property out of the ordinary course of business by way of a going-concern sale or a break-up sale of the assets. A court is directed not to appoint a receiver in respect of a debtor who has been given a notice of intention to enforce until the ten-day notice period has expired, unless the debtor consents to an earlier appointment or the court considers it appropriate to do so. If the secured creditor is concerned that the debtor may dissipate the assets, the

[59] Industrie Canada a expliqué que les modifications apportées en 2005 étaient justifiées par le fait que, dans certains ressorts, les tribunaux avaient miné l’objectif premier du recours en nomination d’un séquestre intérimaire en accordant à celui-ci des pouvoirs élargis pour des périodes indéfinies. Les modifications apportées à l’art. 47 visaient à limiter la durée des fonctions du séquestre intérimaire ainsi que les pouvoirs qui pouvaient lui être accordés, alors que le par. 243(1) visait à habiliter « les tribunaux à nommer un séquestre capable d’agir dans tout le Canada, ce qui élimin[e] la nécessité de demander la nomination d’un séquestre aux tribunaux de plusieurs ressorts » : Industrie Canada, *Projet de loi C-55 : analyse article par article* (en ligne), art. 30 et 115 du projet de loi.

[60] L’adoption du projet de loi C-55 a suscité peu de débats. Même si son propos n’est pas en soi déterminant, le député Don Boudria a fait remarquer que le recours en nomination d’un séquestre national visait à « combler le vide » causé par les modifications apportées au régime relatif au séquestre intérimaire et qu’un séquestre national « pourrait travailler dans toutes les provinces » : *Débats de la Chambre des communes*, vol. 140, n° 128, 1^{re} sess., 38^e lég., 29 septembre 2005, p. 8215. Le professeur Wood fait écho à ce propos et explique ce qui suit :

[TRADUCTION] Les modifications accordent aux tribunaux siégeant en matière de faillite le pouvoir de nommer un séquestre national, plutôt que de recourir au régime de nomination d’un séquestre intérimaire pouvant agir partout au Canada. Le tribunal peut conférer au séquestre le pouvoir de prendre possession des biens du débiteur, d’exercer un certain degré de prise en charge sur les affaires du débiteur, et de prendre toute autre mesure que le tribunal estime indiquée. Le tribunal est ainsi habilité à rendre le même éventail d’ordonnances autrefois rendues à l’égard d’un séquestre intérimaire, notamment pour autoriser le séquestre à vendre les biens du débiteur hors du cours ordinaire des affaires, que ce soit par vente en tant qu’entreprise en exploitation ou par voie de liquidation des actifs. Le tribunal ne peut procéder à la nomination d’un séquestre à l’égard d’un débiteur qui a reçu un avis d’intention de mise à exécution d’une garantie avant l’expiration du délai de dix jours, à moins que le débiteur ne consente à la nomination

secured creditor may seek the appointment of an interim receiver. [Emphasis added; footnotes omitted; p. 466.]

(See also Bennett, at p. 886.)

[61] Andrew Kent, then a director of the Insolvency Institute of Canada, explained to members of a committee studying the Bill that creation of a national receivership remedy would be “more efficient” given that “many . . . businesses now are on a national scale”: Standing Committee on Industry, Natural Resources, Science and Technology, *Evidence*, No. 064, 1st Sess., 38th Parl., November 17, 2005, at p. 7. Similarly, Jerry Pickard, the then-Parliamentary Secretary to the Minister of Industry, emphasized that the “creation of a national receiver, with the power to act across the country”, would “greatly streamline” the bankruptcy process: *Proceedings of the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce*, No. 19, 1st Sess., 38th Parl., November 23, 2005, at p. 55.

[62] Although Bill C-55 received royal assent on November 25, 2005, it was not immediately proclaimed in force: s. 141; see also Marcia Jones, Legislative Summary LS-584E, *Bill C-12: An Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act, the Companies’ Creditors Arrangement Act, the Wage Earner Protection Program Act and Chapter 47 of the Statutes of Canada, 2005* (2007), at p. 2. In the interim, Parliament passed Bill C-12, which further amended the *BIA*: S.C. 2007, c. 36.

[63] During the legislative debate on Bill C-12, Colin Carrie, a member of Parliament and then-Parliamentary Secretary to the Minister of Industry, explained that the further amendments to s. 243 were aimed in part at addressing shortfalls identified with the national receivership remedy, whose “goal was to improve efficiency in the insolvency system by allowing one person to deal with all of the debtor’s property, wherever the property is

à une date plus rapprochée ou que le tribunal estime indiqué de le faire. S’il craint que le débiteur dilapide les actifs, le créancier garanti peut demander la nomination d’un séquestre intérimaire. [Nous soulignons; notes en bas de page omises; p. 466.]

(Voir également Bennett, p. 886.)

[61] Andrew Kent, qui était alors un directeur de l’Institut d’insolvabilité du Canada, a expliqué aux membres du comité d’examen du projet de loi que la création d’un recours en nomination d’un séquestre national serait « plus efficace » étant donné qu’« un grand nombre de nos entreprises sont maintenant implantées à l’échelle nationale » : Comité permanent de l’industrie, des ressources naturelles, des sciences et de la technologie, *Témoignages*, n° 064, 1^{re} sess., 38^e lég., 17 novembre 2005, p. 7. Dans le même ordre d’idées, Jerry Pickard, qui était alors secrétaire parlementaire du ministre de l’Industrie, a souligné que la « création proposée d’un poste de séquestre national, ayant le pouvoir d’agir partout au Canada », permettrait de « beaucoup mieux organiser » le processus de faillite : *Délibérations du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce*, n° 19, 1^{re} sess., 38^e lég., 23 novembre 2005, p. 55.

[62] Bien qu’il ait reçu la sanction royale le 25 novembre 2005, le projet de loi C-55 n’est pas entré en vigueur tout de suite : art. 141; voir également Marcia Jones, Résumé législatif LS-584F, *Projet de loi C-12 : Loi modifiant la Loi sur la faillite et l’insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, la Loi sur le Programme de protection des salariés et le chapitre 47 des Lois du Canada (2005)* (2007), p. 2. Dans l’intervalle, le Parlement a adopté le projet de loi C-12 qui modifiait de nouveau la *LFI* : L.C. 2007, c. 36.

[63] Pendant les débats législatifs au sujet du projet de loi C-12, Colin Carrie, un député qui était alors secrétaire parlementaire du ministre de l’Industrie, a expliqué que les autres modifications apportées à l’art. 243 visaient en partie à corriger les lacunes du recours en nomination d’un séquestre national, qui « avait pour objectif d’accroître l’efficacité du régime d’insolvabilité en permettant à une seule personne de traiter tous les biens du failli, où

located in Canada”: *Proceedings of the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce*, No. 2, 2nd Sess., 39th Parl., November 29, 2007, at p. 25.

[64] The Legislative Summary of the Bill states that a receiver appointed under s. 243 has “the authority to act throughout Canada” and confirms that a “court may not appoint a receiver until 10 days after the date the notice is sent — unless the debtor consents to an earlier enforcement of the security, or the court considers it appropriate to appoint a receiver before then”: p. 43. In its analysis of the legislation, Industry Canada further explains that the national receivership remedy is aimed at increasing efficiency while the purpose of the notice period more specifically is to give time to the debtor to repay the liability:

Section 243 sets out the rules related to the appointment of a receiver. Chapter 47 created the ability to appoint a receiver under the Act. This differs from current practice, in which receivers are appointed under provincial law. The new BIA receiver will be entitled to act across the country, increasing efficiency by removing the need to have a receiver appointed in each jurisdiction in which the debtor’s assets are located. Creditors will still be entitled to have a provincially appointed receiver act on their behalf under the Act.

Subsection (1.1) mandates that a notice of an intention to enforce security (a section 244 notice) must be provided before a receiver may be appointed. The intention of the section 244 notice is to provide the debtor with an opportunity to repay the liability that underlies the security being enforced. The waiting period is not necessary where the debtor consents or the court determines that it is appropriate to appoint a receiver. [Emphasis added.]

(*Bill C-12: Clause by Clause Analysis* (online), Bill Clause No. 58)

[65] In its summary of the key legislative changes under both Bill C-12 and Bill C-55, Industry Canada highlighted s. 243:

que ceux-ci soient situés au Canada » : *Délibérations du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce*, n° 2, 2^e sess., 39^e lég., 29 novembre 2007, p. 25.

[64] Suivant le Résumé législatif du projet de loi, un séquestre nommé en vertu de l’art. 243 peut « exercer ses pouvoirs partout au Canada » et le « tribunal ne peut pas nommer un séquestre avant l’expiration d’un délai de 10 jours après l’envoi de cet avis — à moins que le débiteur consente à l’exécution de la garantie à une date plus rapprochée ou qu’il soit indiqué, selon le tribunal, de nommer un séquestre plus tôt » : p. 46. Dans son analyse des mesures législatives, Industrie Canada ajoute que le recours en nomination d’un séquestre national vise à favoriser l’efficience, alors que la période de préavis a précisément pour objet d’offrir au débiteur la possibilité de rembourser la dette :

L’article 243 énonce les règles relatives à la nomination d’un séquestre. Le chapitre 47 a établi le pouvoir de nommer un séquestre en vertu de la Loi. La pratique actuelle est différente en ce que les séquestres sont nommés sous le régime des lois provinciales. Le séquestre nommé en vertu de la nouvelle LFI pourra agir dans l’ensemble du Canada, ce qui favorise l’efficience puisque l’on supprime la nécessité de nommer un séquestre dans chacun des ressorts où se trouvent les biens du débiteur. Les créanciers pourront toujours se faire représenter par un séquestre nommé sous le régime des lois provinciales.

Le paragraphe 1.1 dispose qu’un préavis de l’intention de mettre à exécution une garantie (préavis prévu à l’article 244) doit être donné avant que le tribunal puisse nommer un séquestre. Le préavis prévu à l’article 244 a pour objet d’offrir au débiteur la possibilité de rembourser la dette sous-jacente à la garantie visée par la mise à exécution. Il n’est pas nécessaire de respecter le délai d’attente si le débiteur y consent ou si, selon le tribunal, il est indiqué de nommer un séquestre. [Nous soulignons.]

(*Projet de loi C-12 : analyse article par article* (en ligne), art. 58 du projet de loi)

[65] Dans le sommaire des principales modifications législatives apportées par les projets de loi C-12 et C-55, Industrie Canada a mis en évidence l’art. 243 comme suit :

Judges exercising their powers under the BIA may, on application of a secured creditor, appoint a “national” receiver under section 243 of the BIA if it is “just or convenient to do so”. A receiver appointed under section 243 of the BIA will have the authority to act throughout Canada. Such an appointment eliminates the need to obtain separate appointments in every province/territory where the debtor has assets.

Dans l’exercice des pouvoirs que leur confère la LFI, les juges peuvent, à la demande d’un créancier garanti, nommer un séquestre « national » en vertu de l’article 243 de la LFI si « le tribunal est convaincu que cela est juste ou opportun ». Un séquestre nommé sous le régime de cet article sera autorisé à exercer ses activités partout au Canada. Cette nomination élimine ainsi la nécessité d’obtenir des nominations distinctes dans chaque province ou territoire où le débiteur a des actifs.

If a notice to enforce security is to be sent under section 244(1) of the BIA, the court may not appoint a receiver until the 10-day notice period has expired unless the debtor consents to an earlier enforcement or the court considers it appropriate to appoint a receiver before then. [Emphasis added.]

Dans les cas où un préavis pour mettre à exécution une garantie est requis en vertu du paragraphe 244(1) de la LFI, le tribunal ne peut nommer un séquestre avant l’expiration d’un délai de 10 jours, à moins que le débiteur ne consente à une exécution à une date plus rapprochée ou que le tribunal n’estime qu’il est préférable d’en nommer un avant l’expiration dudit délai. [Nous soulignons.]

(Summary of Legislative Changes: Summary of Key Legislative Changes in Chapter 47 of the Statutes of Canada, 2005, and Chapter 36 of the Statutes of Canada, 2007 (online), Part B)

(Sommaire des modifications législatives : Sommaire des principales modifications législatives apportées au chapitre 47 des Lois du Canada (2005) et au chapitre 36 des Lois du Canada (2007) (en ligne), partie B)

[66] Bill C-12 received royal assent on December 14, 2007. The amendments to s. 243 under both Bill C-12 and Bill C-55 came into force on September 18, 2009: SI/2009-68. There have been no further amendments to s. 243 since that time.

[66] Le projet de loi C-12 a reçu la sanction royale le 14 décembre 2007. Les modifications à l’art. 243 proposées dans les projets de loi C-12 et C-55 sont entrées en vigueur le 18 septembre 2009 : TR/2009-68. L’article 243 n’a pas été modifié depuis lors.

[67] The preceding review confirms that s. 243’s purpose is simply the establishment of a regime allowing for the appointment of a national receiver, thereby eliminating the need to apply for the appointment of a receiver in multiple jurisdictions: see Wood, at pp. 466-67. The 2005 and 2007 amendments to the BIA made clear that interim receivers were to be temporary in nature and have more limited powers, as originally intended, but gave courts the power to appoint a receiver with authority to act nationally, thereby increasing efficiency and removing the need to seek the appointment of a receiver in each jurisdiction where the debtor has assets. Sarra, Morawetz and Houlden have explained:

[67] L’examen qui précède confirme que l’art. 243 a simplement pour objet l’établissement d’un régime qui permet la nomination d’un séquestre national, ce qui élimine la nécessité de demander la nomination d’un séquestre aux tribunaux de plusieurs ressorts : voir Wood, p. 466-467. Les modifications apportées à la LFI en 2005 et en 2007 ont établi clairement que le séquestre intérimaire est nommé à titre temporaire et jouit de pouvoirs plus restreints, comme il était prévu à l’origine, mais elles ont conféré au tribunal le pouvoir de nommer un séquestre habilité à agir à l’échelle nationale, ce qui favorise l’efficience et supprime la nécessité de nommer un séquestre dans chacun des ressorts où se trouvent les biens du débiteur. Sarra, Morawetz et Houlden expliquent ce qui suit :

Section 243 grants authority to the court, defined in s. 2 to include a judge exercising jurisdiction under the *BIA*, to appoint a receiver with the power to act nationally, thereby eliminating the need to apply to the courts in multiple jurisdictions for the appointment of a receiver. The national receiver under the *BIA* is entitled to act across the country, increasing efficiency by removing the need to have a receiver appointed in each jurisdiction in which the debtor's assets are located. [Emphasis added; p. 1037.]

[68] Section 243 was thus aimed at the establishment of a national receivership regime. Its purpose was to avoid a multiplicity of proceedings and the inefficiency resulting from them. There is no evidentiary basis for concluding that it was meant to circumvent the procedural and substantive requirements of the provincial laws where the appointment is sought. General considerations of promptness and timeliness, no doubt a valid concern in any bankruptcy or receivership process, cannot be used to trump the specific purpose of s. 243 and to artificially extend the provision's purpose to create a conflict with provincial legislation. Construing s. 243's purpose more broadly in the absence of clear evidence that Parliament intended a broader statutory purpose, is inconsistent with the requisite restrained approach to paramountcy and with the fundamental rule of constitutional interpretation referred to earlier in our reasons: paras. 20-21. Vague and imprecise notions like timeliness or effectiveness cannot amount to an overarching federal purpose that would prevent coexistence with provincial laws like the *SFSA*.

[69] Our conclusion is further bolstered by the operation of the federal *Farm Debt Mediation Act*, S.C. 1997, c. 21 (*FDMA*), legislation which allows an insolvent farmer to bring an application to stay proceedings by the farmer's creditors in order to engage in mediation and a review of the farmer's financial affairs: ss. 5 to 14. Under the *FDMA*, a security holder must give a farmer at least 15 business days' notice before seeking either to enforce any remedy

[TRADUCTION] L'article 243 habilite le tribunal, auquel est assimilé, selon l'art. 2, tout juge qui exerce les pouvoirs conférés au titre de la *LFI*, à nommer un séquestre pouvant agir à l'échelle nationale, ce qui élimine la nécessité de demander la nomination d'un séquestre aux tribunaux de plusieurs ressorts. Le séquestre national nommé sous le régime de la *LFI* est habilité à agir dans l'ensemble du Canada, ce qui favorise l'efficience puisque l'on supprime la nécessité de nommer un séquestre dans chacun des ressorts où se trouvent les biens du débiteur. [Nous soulignons; p. 1037.]

[68] L'article 243 visait ainsi l'établissement d'un régime national de mise sous séquestre. L'objectif consistait à éviter la multiplicité des procédures et l'inefficacité qui en résultait. Rien dans la preuve ne permet de conclure que cette disposition devait faire échec aux exigences de fond et de procédure énoncées dans les lois en vigueur dans la province où la demande de nomination est présentée. Des considérations générales de célérité et de possibilité d'agir en temps opportun, qui constituent certes une préoccupation valide dans tout processus de faillite ou de mise sous séquestre, ne peuvent servir à écarter l'objet précis de l'art. 243 et à étendre artificiellement son objet pour créer un conflit avec une loi provinciale. Interpréter plus largement l'objet de l'art. 243, en l'absence d'une preuve claire de l'intention du législateur d'élargir l'objectif de la loi, est incompatible avec l'approche restrictive qu'il convient d'adopter à l'égard de la doctrine de la prépondérance ainsi qu'avec la règle d'interprétation constitutionnelle fondamentale dont nous avons déjà fait état : par. 20-21. Les notions vagues et imprécises que sont la possibilité d'agir en temps opportun ou l'efficacité ne peuvent constituer un objectif fédéral général tel qu'il empêcherait la coexistence d'une loi fédérale avec les lois provinciales telle la *SFSA*.

[69] Notre conclusion est en outre renforcée par l'application de la *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole*, L.C. 1997, c. 21 (*LMEA*), une loi fédérale qui permet à l'agriculteur insolvable de présenter une demande de suspension des recours de ses créanciers contre lui en vue de la médiation et de l'examen de sa situation financière : art. 5 à 14. Aux termes de la *LMEA*, le créancier garanti doit donner à l'agriculteur un préavis d'au moins

against the property of a farmer or to commence any proceedings or any action, execution or other proceedings for the recovery of a debt, the realization of any security or the taking of any property of a farmer: s. 21. Before or after receiving such notice, the farmer may apply for a 30-day stay of proceedings against all creditors, a review of the farmer's financial affairs, and mediation between the farmer and all the farmer's creditors for the purpose of assisting them to reach a mutually acceptable arrangement: ss. 5(1)(a) and 7(1)(b); see also Bennett, at p. 135. Where extension of the 30-day period is essential to the formulation of an arrangement between the farmer and the farmer's creditors, the stay can be extended for up to an additional 90 days: s. 13(1). When the stay is in effect, no creditor can enforce any remedy against the property of a farmer or commence or continue any proceedings or any action, execution or other proceedings for the recovery of a debt, the realization of any security or the taking of any property of a farmer, notwithstanding any other law: s. 12.

[70] In describing the *FDMA*'s predecessor legislation in *M & D Farm*, this Court explained that the legislation was "intended to create a standstill period or moratorium of short duration" to give a farmer "a breathing space in which to attempt to reorganize his or her financial affairs" with "the assistance of a neutral panel to mediate with creditors": para. 18.

[71] While the federal *FDMA* and the provincial *SFSA* have different substantive and procedural requirements, they have similar purposes, and are aimed at the protection of farmer debtors. It is notable that Parliament has recognized that the receivership provision under s. 243 can be subordinated to similar delays in other legislation (including a 120-day stay under the *FDMA*, in comparison with 150 days under the *SFSA*), to allow for mediation and review of a farmer's financial situation. Given the presumption that Parliament does not enact related statutes that are inconsistent with one another, courts should avoid an interpretation of a federal statute which does not accommodate similar limitations imposed under a provincial statute: *Ryan*

15 jours ouvrables avant de se prévaloir d'un recours contre les biens de celui-ci ou d'intenter toute action ou procédure, pour le recouvrement d'une dette, la réalisation d'une sûreté ou la prise de possession d'un bien de l'agriculteur : art. 21. Avant ou après avoir reçu le préavis en question, l'agriculteur peut présenter une demande visant la suspension des recours de ses créanciers contre lui pour une période de 30 jours, l'examen de sa situation financière et la médiation entre lui et tous ses créanciers en vue de la conclusion d'un arrangement acceptable pour les parties : al. 5(1)a) et 7(1)b); voir également Bennett, p. 135. Si une prorogation de la période de 30 jours est nécessaire pour que l'agriculteur et ses créanciers concluent un arrangement, la période de suspension peut être prolongée d'une période pouvant aller jusqu'à 90 jours : par. 13(1). Par dérogation à toute autre règle de droit, les créanciers ne peuvent, pendant la période de suspension des procédures, se prévaloir d'un recours contre les biens de l'agriculteur, ni intenter ni continuer une action ou autre procédure pour le recouvrement d'une dette, la réalisation d'une sûreté ou la prise de possession d'un bien de l'agriculteur : art. 12.

[70] En décrivant, dans l'arrêt *M & D Farm*, la loi ayant précédé la *LMEA*, notre Cour a expliqué que cette loi avait « pour but d'instaurer un temps d'arrêt ou moratoire de courte durée » pour que l'agriculteur dispose d'« une marge de manœuvre pour tenter de réorganiser sa situation financière » avec « l'aide d'un comité neutre qui agit comme médiateur entre lui et ses créanciers » : para. 18.

[71] Bien que les exigences de fond et de procédure de la *LMEA* fédérale et de la *SFSA* provinciale soient différentes, ces deux lois poursuivent des objectifs semblables et visent à protéger les agriculteurs débiteurs. Il convient de souligner que le législateur fédéral a reconnu que la nomination d'un séquestre au titre de l'art. 243 peut être assujettie à des délais similaires prescrits par d'autres lois (dont une suspension de 120 jours aux termes de la *LMEA*, par rapport aux 150 jours prévus par la *SFSA*), afin de permettre la médiation et l'examen de la situation financière de l'agriculteur. Compte tenu de la présomption selon laquelle le Parlement n'édicte pas de lois connexes incompatibles, les tribunaux doivent s'abstenir de donner à une loi

Estate, at paras. 80-81. In light of the *FDMA*, it follows that Parliament intended neither to preclude all notice periods longer than the 10-day notice period provided in the *BIA* nor to oust legislation which is intended to favour mediation between creditors and farmers regarding the enforcement of a security.

[72] Given these considerations and this analysis, we do not agree with the Court of Appeal's finding that the purpose of s. 243 was to afford a timely remedy to secured creditors. What seemed "self-evident" to the Court of Appeal (paras. 51-52), and led to its conclusion that the 10-day waiting period under s. 243(1.1) was a ceiling, is, with respect, neither supported by the evidence, nor compatible with a restrained approach to paramountcy. Furthermore, on this record, there is simply no evidence to support *amicus*'s argument that the 150-day delay or the other conditions in the *SFSA* frustrate any effectiveness or timeliness concerns. It is the burden of *amicus* to not only establish that these are, in fact, the purposes of s. 243, but also that the evidence supports a finding that the provincial law frustrates them in some way. The record is silent in that regard. That a recourse may take longer, or may have additional requirements, does not render it automatically ineffective or untimely, particularly when the assets at stake are farm lands.

Conclusion

[73] *Amicus* has, with respect, been unable to satisfy his burden to prove that ss. 9 to 22 of the *SFSA* conflict with the purpose of s. 243 of the *BIA*. Parliament's purpose of providing bankruptcy courts with the power to appoint a national receiver is not frustrated by the procedural and substantive conditions set out in the provincial legislation. While these conditions require a secured creditor to seek leave before bringing an application for the appointment

fédérale une interprétation qui n'est pas compatible avec des restrictions semblables imposées par une loi provinciale : *Ryan (Succession)*, par. 80-81. Par conséquent, eu égard à la *LMEA*, le législateur fédéral n'entendait pas écarter tous les délais de préavis dépassant les 10 jours prescrits par la *LFI* ni les lois visant à favoriser la médiation entre les créanciers et les agriculteurs quant à la mise à exécution d'une garantie.

[72] Compte tenu de ces considérations et de cette analyse, nous ne partageons pas la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle l'art. 243 a pour objet d'offrir un recours en temps opportun aux créanciers garantis. Ce qui semblait [TRADUCTION] « aller de soi » pour la Cour d'appel (par. 51-52), et qui l'a menée à conclure que le délai d'attente de 10 jours prévu au par. 243(1.1) était un délai maximal, n'était, en toute déférence, ni étayé par la preuve ni compatible avec une façon restrictive d'envisager la doctrine de la prépondérance. En outre, au vu du dossier, il n'y a tout simplement aucun élément de preuve à l'appui de l'argument de l'*amicus curiae* selon lequel le délai de 150 jours, ou les autres conditions de la *SFSA*, font échec à toute préoccupation en matière d'efficacité ou de possibilité d'agir en temps opportun. Il incombe à l'*amicus curiae* de démontrer non seulement qu'il s'agit en fait des objectifs de l'art. 243, mais aussi que la preuve permet de conclure que la loi provinciale entrave, d'une façon ou d'une autre, la réalisation de ces objectifs. Le dossier ne révèle rien à cet égard. Un délai plus long et des exigences supplémentaires n'ont pas pour effet de rendre d'emblée un recours inefficace ou inopportun, particulièrement lorsque les biens en jeu sont des terres agricoles.

Conclusion

[73] Avec égards, l'*amicus curiae* n'a pas été en mesure de s'acquitter du fardeau qui lui incombait de prouver que les art. 9 à 22 de la *SFSA* entrent en conflit avec l'objet de l'art. 243 de la *LFI*. Les conditions de fond et de procédure prescrites par la loi provinciale n'entravent pas la réalisation de l'objectif du législateur fédéral consistant à habiliter les tribunaux en matière de faillite à nommer un séquestre national. Bien que ces conditions obligent le créancier

of a receiver under s. 243 — a process which takes at least 150 days and imposes other procedural and substantive requirements — they do not hinder the purpose of allowing for the appointment of a national receiver. The purpose of permissive federal legislation is not frustrated simply because provincial legislation restricts the scope of that permission: *COPA*, at para. 66; *Ryan Estate*, at para. 69; see also *Rothmans, Benson & Hedges Inc.* The “high standard” for applying the paramountcy doctrine on the basis of frustration of federal purpose has accordingly not been met: *Ryan Estate*, at para. 84.

[74] The Court of Appeal’s conclusion that Part II of the *SFSA* is constitutionally inoperative where an application is made to appoint a receiver pursuant to s. 243(1) of the *BIA*, is accordingly set aside. In view of the agreement of the parties, there will be no further order with respect to costs.

The following are the reasons delivered by

[75] CÔTÉ J. (dissenting) — It may be an old cliché, but in Canadian bankruptcy and insolvency law, its wisdom is unavoidable: time is of the essence. In the past, this Court has acknowledged that restructuring proceedings are a “hothouse of real-time litigation”: *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, at para. 58, quoting R. B. Jones, “The Evolution of Canadian Restructuring: Challenges for the Rule of Law”, in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2005* (2006), 481, at p. 484. Timeliness is no less important for the appointment of a receiver — whether interim or full — as the receiver at once preserves and manages property while enforcing a secured creditor’s rights.

[76] In light of this, I am of the view that a balance has been struck by Parliament in s. 243 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“*BIA*”), between the competing interests of secured creditors and insolvent debtors in the often dramatic

garanti à demander une autorisation avant de présenter une demande de nomination d’un séquestre en application de l’art. 243 — processus qui prend au moins 150 jours et qui comporte d’autres exigences de fond et de procédure —, elles n’entravent pas l’objectif consistant à permettre la nomination d’un séquestre national. L’objet d’une loi fédérale permissive n’est pas contrecarré du simple fait qu’une loi provinciale restreint la portée de cette permissivité : *COPA*, par. 66; *Ryan (Succession)*, par. 69; voir également *Rothmans, Benson & Hedges Inc.* Par conséquent, il n’a pas été satisfait à la « norme élevée » requise pour que s’applique la doctrine de la prépondérance en raison d’une entrave à la réalisation d’un objectif fédéral : *Ryan (Succession)*, par. 84.

[74] La conclusion de la Cour d’appel, selon laquelle la partie II de la *SFSA* est constitutionnellement inopérante lorsqu’une demande de nomination d’un séquestre est présentée en application du par. 243(1) de la *LFI*, est par conséquent infirmée. Compte tenu de l’entente entre les parties, la Cour ne rendra aucune ordonnance relative aux dépens.

Version française des motifs rendus par

[75] LA JUGE CÔTÉ (dissidente) — Peut-être est-ce un vieux cliché, mais en droit canadien de la faillite et de l’insolvabilité, sa sagesse est inévitable : le facteur temps est essentiel. Dans le passé, notre Cour a reconnu que les procédures en matière de restructuration constituent une « pépinière du contentieux en temps réel » : *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, par. 58, citant R. B. Jones, « The Evolution of Canadian Restructuring : Challenges for the Rule of Law », dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2005* (2006), 481, p. 484. Pour la nomination d’un séquestre — intérimaire ou non —, la célérité est tout aussi importante puisque le séquestre protège et gère les biens tout en permettant au créancier garanti d’exercer ses droits.

[76] Ayant cela à l’esprit, j’estime que le législateur a permis, avec l’art. 243 de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3 (« *LFI* »), la mise en place d’un équilibre entre les intérêts divergents des créanciers garantis et ceux des débiteurs

circumstances surrounding a debtor's insolvency. While I agree with the majority's conclusion that Parliament's intention in enacting s. 243 *BIA* was to enable a secured creditor to apply for the appointment of an effective *national* receiver, I must dissent, because I do not believe that a full purposive account of s. 243 can end there. I am of the mind that Parliament also intended to establish a process for appointing national receivers that is timely, sensitive to the totality of circumstances and capable of responding to the emergencies that are known to occur in practice. In my view, these purposes are clearly on display in s. 243 *BIA*. To the extent that the operation of Part II of *The Saskatchewan Farm Security Act*, S.S. 1988-89, c. S-17.1 ("*SFSA*"), is incompatible with these purposes and with the federally calibrated balance that s. 243 represents, I see a frustration of purpose.

I. Doctrine of Federal Paramountcy

[77] It is now well established that one of the ways in which the doctrine of federal paramountcy is triggered is when the operation of validly enacted provincial legislation frustrates the purpose of federal legislation: *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 73. The party invoking the doctrine must provide clear proof of the federal purpose and must then establish that "the provincial legislation is incompatible with this purpose": *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536 ("*COPA*"), at para. 66; see also para. 68. The burden of proving this frustration is high.

[78] My colleagues, following the clarion call of co-operative federalism, stress the need to take a "restrained approach" in frustration of purpose analysis. But while co-operative federalism is undoubtedly an important principle, a yearning for a harmonious interpretation of both federal and provincial legislation cannot lead this Court to disregard obvious purposes that are pursued in federal legislation and that are, by

insolvables, dans la situation souvent dramatique que présente l'insolvabilité d'un débiteur. Je souscris à la conclusion de la majorité suivant laquelle le législateur fédéral entendait, à l'art. 243 de la *LFI*, permettre aux créanciers garantis de demander la nomination d'un séquestre *national* efficace, mais je dois me dissocier de mes collègues puisque je ne crois pas qu'une analyse téléologique complète de l'art. 243 puisse s'arrêter là. J'estime que le législateur fédéral avait également l'intention d'établir un processus de nomination d'un séquestre national qui permette d'agir avec célérité, qui tienne compte de l'ensemble des circonstances et qui soit susceptible de répondre aux situations urgentes qui se présentent en pratique. À mon avis, ces objectifs sont clairement en jeu à l'art. 243 de la *LFI*. Dans la mesure où l'application de la partie II de la *Saskatchewan Farm Security Act*, S.S. 1988-89, c. S-17.1 (« *SFSA* »), compromet ces objectifs et perturbe l'équilibre établi par le législateur fédéral à l'art. 243, j'estime qu'il y a entrave à la réalisation de l'objet de la loi fédérale.

I. La doctrine de la prépondérance fédérale

[77] Il est maintenant bien établi que la doctrine de la prépondérance fédérale entre en jeu notamment lorsque l'application d'une loi provinciale validement adoptée entrave la réalisation de l'objet d'une loi fédérale : *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 73. Celui qui invoque cette doctrine doit établir clairement l'objet de la loi fédérale et doit alors démontrer que « la loi provinciale est incompatible avec cet objet » : *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536 (« *COPA* »), par. 66; voir aussi par. 68. Le fardeau de prouver qu'il y a eu entrave est un lourd fardeau.

[78] Après avoir rappelé l'importance du fédéralisme coopératif, mes collègues soulignent la nécessité d'adopter une « approche restrictive » dans le cadre de l'analyse de l'entrave à la réalisation de l'objet d'une loi fédérale. Je suis d'avis, malgré l'importance indiscutable du principe du fédéralisme coopératif, que le souhait d'une interprétation harmonieuse des lois fédérale et provinciale ne saurait

this Court’s jurisprudence, paramount. Gonthier J., for the Court, stressed the following in *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113, at para. 66:

... I consider irrelevant the principle of statutory interpretation whereby a statute should be read in a manner that will uphold the constitutionality of the relevant legislative provisions. This principle only applies when both competing interpretations are reasonably open to the court: *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, at p. 771. In this case, to adopt the interpretation consistent with the constitutional norms would be repugnant to the text and context of the federal legislation.

[79] It is also worth noting this Court’s own warning in *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837, at paras. 61-62:

While flexibility and cooperation are important to federalism, they cannot override or modify the separation of powers. . . .

... The “dominant tide” of flexible federalism, however strong its pull may be, cannot sweep designated powers out to sea, nor erode the constitutional balance inherent in the Canadian federal state.

See also *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693, at para. 19.

[80] With this said, I will now discuss what I believe to be the purpose of s. 243 *BIA*.

II. Federal Purpose Underlying Section 243 *BIA*

A. *Balance Struck by Parliament: A Timely and Flexible Remedy for Secured Creditors*

[81] I will begin by reproducing the relevant portions of s. 243:

conduire la Cour à ignorer les objectifs évidents que la loi fédérale vise et qui sont, suivant la jurisprudence de notre Cour, prépondérants. Dans l’arrêt *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113, le juge Gonthier, s’exprimant au nom de la Cour, a souligné ce qui suit au par. 66 :

... j’estime qu’il n’y a pas lieu d’appliquer le principe d’interprétation selon lequel il convient d’interpréter la loi de façon à confirmer la constitutionnalité des dispositions législatives pertinentes. Ce principe s’applique uniquement lorsque la cour peut raisonnablement adopter les deux interprétations opposées : *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, p. 771. En l’espèce, une interprétation conforme aux normes constitutionnelles applicables serait incompatible avec le texte et le contexte de la loi fédérale.

[79] Il convient également de rappeler la mise en garde formulée par notre Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837, par. 61-62 :

Bien que les principes de flexibilité et de coopération soient importants pour le bon fonctionnement d’un État fédéral, ils ne peuvent l’emporter sur le partage des compétences ou le modifier. . . .

... Le « courant dominant » du fédéralisme souple, aussi fort soit-il, ne peut autoriser à jeter des pouvoirs spécifiques par-dessus bord, ni à éroder l’équilibre constitutionnel inhérent à l’État fédéral canadien.

Voir également *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693, par. 19.

[80] Cela étant dit, je vais maintenant exposer ce que j’estime être l’objet de l’art. 243 de la *LFI*.

II. L’objet fédéral de l’art. 243 de la *LFI*

A. *L’équilibre voulu et atteint par le législateur : création d’un recours souple en faveur des créanciers garantis leur permettant d’agir en temps opportun*

[81] D’entrée de jeu, il convient de reproduire les dispositions pertinentes de l’art. 243 :

243. (1) Subject to subsection (1.1), on application by a secured creditor, a court may appoint a receiver to do any or all of the following if it considers it to be just or convenient to do so:

(a) take possession of all or substantially all of the inventory, accounts receivable or other property of an insolvent person or bankrupt that was acquired for or used in relation to a business carried on by the insolvent person or bankrupt;

(b) exercise any control that the court considers advisable over that property and over the insolvent person's or bankrupt's business; or

(c) take any other action that the court considers advisable.

(1.1) In the case of an insolvent person in respect of whose property a notice is to be sent under subsection 244(1), the court may not appoint a receiver under subsection (1) before the expiry of 10 days after the day on which the secured creditor sends the notice unless

(a) the insolvent person consents to an earlier enforcement under subsection 244(2); or

(b) the court considers it appropriate to appoint a receiver before then.

(2) Subject to subsections (3) and (4), in this Part, "receiver" means a person who

(a) is appointed under subsection (1); or

(b) is appointed to take or takes possession or control — of all or substantially all of the inventory, accounts receivable or other property of an insolvent person or bankrupt that was acquired for or used in relation to a business carried on by the insolvent person or bankrupt — under

(i) an agreement under which property becomes subject to a security (in this Part referred to as a "security agreement"), or

(ii) a court order made under another Act of Parliament, or an Act of a legislature of a province, that provides for or authorizes the appointment of a receiver or receiver-manager.

243. (1) Sous réserve du paragraphe (1.1), sur demande d'un créancier garanti, le tribunal peut, s'il est convaincu que cela est juste ou opportun, nommer un séquestre qu'il habilite :

a) à prendre possession de la totalité ou de la quasi-totalité des biens — notamment des stocks et comptes à recevoir — qu'une personne insolvable ou un failli a acquis ou utilisés dans le cadre de ses affaires;

b) à exercer sur ces biens ainsi que sur les affaires de la personne insolvable ou du failli le degré de prise en charge qu'il estime indiqué;

c) à prendre toute autre mesure qu'il estime indiquée.

(1.1) Dans le cas d'une personne insolvable dont les biens sont visés par le préavis qui doit être donné par le créancier garanti aux termes du paragraphe 244(1), le tribunal ne peut faire la nomination avant l'expiration d'un délai de dix jours après l'envoi de ce préavis, à moins :

a) que la personne insolvable ne consente, aux termes du paragraphe 244(2), à l'exécution de la garantie à une date plus rapprochée;

b) qu'il soit indiqué, selon lui, de nommer un séquestre à une date plus rapprochée.

(2) Dans la présente partie, mais sous réserve des paragraphes (3) et (4), « séquestre » s'entend de toute personne qui :

a) soit est nommée en vertu du paragraphe (1);

b) soit est nommément habilitée à prendre — ou a pris — en sa possession ou sous sa responsabilité, aux termes d'un contrat créant une garantie sur des biens, appelé « contrat de garantie » dans la présente partie, ou aux termes d'une ordonnance rendue sous le régime de toute autre loi fédérale ou provinciale prévoyant ou autorisant la nomination d'un séquestre ou d'un séquestre-gérant, la totalité ou la quasi-totalité des biens — notamment des stocks et comptes à recevoir — qu'une personne insolvable ou un failli a acquis ou utilisés dans le cadre de ses affaires.

[82] For the reasons that I elaborate below, I believe that through s. 243 Parliament intended to establish a process for appointing national receivers that would be effective, timely, capable of responding to emergencies (or, in a word, flexible) and sensitive to the totality of circumstances. In part, this reflects a balance struck by Parliament between the interest of secured creditors in obtaining a timely remedy and that of insolvent debtors in being afforded enough time either to commence restructuring proceedings or to arrange their financial affairs and pay their creditors. I believe these federal purposes are plainly evident in s. 243, understood in light of the realities and demands of real-time insolvency practice, s. 243's statutory context and its legislative history.

[83] To begin, the *BIA* prescribes a 10-day notice period between the time a secured creditor issues a notice of intention to enforce a security and the time a court may appoint a national receiver: s. 243(1.1). This period coincides with the 10-day period after notice is given during which s. 244(2) prevents the creditor from enforcing the security.

[84] The majority sees s. 243's 10-day notice period as a mere minimum, designed to work in concert with longer provincial waiting periods. Respectfully, I do not believe this reading is supported by the context of insolvency practice into which the 10-day period was initially introduced. Such a reading would upset the balance that Parliament intended to strike.

[85] In my view, implicit in this short 10-day notice period is the very notion of urgency, connected to the need for receivership law to operate effectively in real time. Secured creditors will often have an acute need to have a receiver appointed promptly. In the often frenzied rush of insolvency proceedings, court-appointed receivers perform the important functions

[82] Pour les motifs exposés ci-dessous, j'estime qu'en adoptant l'art. 243, le législateur fédéral avait l'intention d'établir pour la nomination de séquestres nationaux un processus efficace, rapide, qui permette de répondre aux situations urgentes (ou, en un mot, un processus souple) et de tenir compte de l'ensemble des circonstances. Cela représente l'équilibre qu'a établi le législateur entre l'intérêt qu'ont les créanciers garantis à exercer un recours en temps opportun et celui des débiteurs insolubles à se voir accorder suffisamment de temps, soit pour entamer des démarches de restructuration, soit pour mettre de l'ordre dans leurs affaires financières et payer leurs créanciers. J'estime que ces objectifs fédéraux sont clairement évidents à l'art. 243, considéré à la lumière de la réalité et des exigences des procédures en matière d'insolvabilité, de son contexte législatif et de son historique législatif.

[83] D'abord, la *LFI* prescrit un délai de préavis de 10 jours entre le moment où le créancier garanti transmet un avis de son intention d'exécuter sa garantie et celui où le tribunal peut procéder à la nomination d'un séquestre national : par. 243(1.1). Ce délai coïncide avec la période de 10 jours qui suit l'envoi du préavis, durant laquelle le par. 244(2) empêche le créancier d'exécuter sa garantie.

[84] Les juges majoritaires estiment que le préavis de 10 jours prévu à l'art. 243 constitue simplement une période minimale, censée s'appliquer concurremment avec les périodes d'attente plus longues prévues par certaines lois provinciales. Avec égards, je ne crois pas que le contexte de la pratique en matière d'insolvabilité, contexte dans lequel le préavis de 10 jours a été instauré, appuie cette interprétation. Une telle interprétation compromettrait l'équilibre que le législateur a voulu instaurer en adoptant l'art. 243 de la *LFI*.

[85] À mon avis, la notion même d'urgence qui, reliée à la nécessité d'une application efficace en temps réel du droit en matière de nomination de séquestre, se dégage de cette courte période d'avis de 10 jours. Les créanciers garantis ont souvent le besoin pressant d'obtenir sans délai la nomination d'un séquestre. Dans la frénésie qui caractérise souvent

of taking over control of the insolvent debtor's assets, assuming management of the debtor's business and enforcing rights for the recovery of money through the sale of the debtor's property: F. Bennett, *Bennett on Receiverships* (3rd ed. 2011), at pp. 1 and 6. It is important that this be done quickly. Secured creditors are often rightly concerned that the insolvent debtor may dissipate its assets: R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2009), at p. 461. Time will also be of the essence if the current managers of the insolvent debtor are incompetent, are acting fraudulently or are prone to take senseless risks, or if a part or the whole of the business needs to be sold as a going concern: Wood, at pp. 467-69. As Richards C.J. stated in the judgment on appeal, the insolvency context "is self-evidently one where events move quickly and where, by their nature, proceedings are time sensitive": 2014 SKCA 35, 433 Sask. R. 266, at para. 51.

[86] Such is the importance of time for creditors that, before the 10-day standstill for enforcing a security on all or substantially all of the debtor's assets under s. 244 was introduced into the *BIA*, secured creditors would often move to appoint a receiver mere hours after making a demand for payment: Wood, at p. 474. In order to prevent secured creditors from riding roughshod over the interests of insolvent debtors in this way, Canadian courts developed the reasonable notice doctrine, later replaced by the *BIA*'s 10-day statutory notice requirement.

[87] Timeliness is so critical that s. 47 *BIA* allows secured creditors to apply for the immediate appointment of an interim receiver in order to preserve the debtor's property. And instead of demonstrating any intention that this statutory notice period could be

le déroulement des procédures d'insolvabilité, les séquestres nommés par le tribunal accomplissent d'importantes fonctions en prenant le contrôle des actifs du débiteur insolvable, en assumant la gestion des affaires du débiteur et en recouvrant des sommes d'argent par la vente de biens du débiteur : F. Bennett, *Bennett on Receiverships* (3^e éd. 2011), p. 1 et 6. Il est important que le tout se fasse rapidement. Les créanciers garantis craignent souvent à juste titre que le débiteur insolvable ne dilapide ses biens : R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2009), p. 461. Le besoin d'agir rapidement revêt également une grande importance si les gestionnaires actuels du débiteur insolvable sont incompetents, s'ils agissent frauduleusement ou ont tendance à prendre des risques insensés, ou s'il est nécessaire de vendre l'entreprise en partie ou en totalité en tant qu'entreprise en exploitation : Wood, p. 467-469. Comme le dit le juge en chef Richards dans le jugement dont appel, dans le contexte de l'insolvabilité, [TRADUCTION] « il est évident que les événements se déroulent rapidement, et les procédures, de par leur nature, commandent la rapidité » : 2014 SKCA 35, 433 Sask. R. 266, par. 51.

[86] Le facteur temps est d'une telle importance pour les créanciers qu'avant que le législateur n'introduise à l'art. 244 de la *LFI* un délai de 10 jours pendant lequel ils ne pouvaient commencer à exécuter leur garantie sur la totalité ou la quasi-totalité des biens du débiteur, il arrivait fréquemment que les créanciers garantis déposent une demande de nomination d'un séquestre quelques heures à peine après avoir mis leur débiteur en demeure de les rembourser : Wood, p. 474. Pour empêcher les créanciers garantis de bafouer ainsi les intérêts des débiteurs insolvable, les tribunaux canadiens ont élaboré la doctrine du préavis raisonnable, laquelle a plus tard été remplacée par l'obligation, prévue par la *LFI*, de donner un préavis de 10 jours.

[87] Le facteur temps est à ce point critique que l'art. 47 de la *LFI* permet aux créanciers garantis de demander la nomination sans délai d'un séquestre intérimaire afin de préserver les biens du débiteur. Et loin d'exprimer une intention de permettre que cette

extended pursuant to provincial law, Parliament permits secured creditors to apply for receivership *before* the expiry of the 10-day period in certain circumstances. Section 243(1.1)(b) *BIA* provides that a court may appoint a receiver before the expiry of the notice period if it considers it appropriate. Furthermore, an insolvent debtor can consent to an earlier appointment of a receiver under s. 243(1.1)(a). These provisions evidence Parliament's intention to provide secured creditors with a remedy capable of adapting to the often dramatic circumstances of insolvency.

[88] This federal purpose of timeliness can also be discerned from the legislative history of the statutory notice provision. As my colleagues explain, this statutory notice period was introduced into the *BIA* in s. 244 in 1992, and applied to secured creditors seeking to enforce their security under provincial legislation on all or substantially all of an insolvent debtor's assets. Because this 10-day notice requirement has since been incorporated into the federal receivership regime, in which it serves a similar purpose, I am of the view that a full purposive analysis of that scheme must account for the federal objectives that were originally given effect in s. 244.

[89] Finally, Parliament appears to have intended that a court, in assessing an application, consider the totality of the circumstances and make an equitable judgment sensitive to the full factual matrix. This is clear from s. 243(1) *BIA*, which provides that a court may appoint a receiver "if it considers it to be just or convenient to do so". The secured creditor is not required to surmount massive evidentiary hurdles. The court's discretion is not restrained in any meaningful way. It must be borne in mind that, historically, receivership was an equitable remedy designed to protect the rights of implicated parties and to preserve property, and this remedy was applied expansively wherever it was deemed necessary: Bennett, at p. 2. The standard provided for in s. 243(1) *BIA* flows from this origin and purpose,

période d'attente soit prolongée en application d'une loi provinciale, le législateur fédéral a plutôt permis aux créanciers garantis de demander, dans certaines circonstances, la nomination d'un séquestre *avant* l'expiration du préavis de 10 jours. Aux termes de l'al. 243(1.1)b) de la *LFI*, il est loisible au tribunal de nommer un séquestre avant l'expiration du préavis, s'il est approprié de le faire. De plus, le débiteur insolvable peut, selon l'al. 243(1.1)a), consentir à la nomination d'un séquestre à une date plus rapprochée. Ces dispositions témoignent de l'intention du législateur de fournir aux créanciers garantis un recours susceptible de s'adapter aux circonstances souvent dramatiques de l'insolvabilité.

[88] On peut aussi constater l'existence de cet objectif fédéral de célérité en retraçant l'historique législatif du préavis prescrit par la loi. Comme l'expliquent mes collègues, ce préavis statutaire prévu à l'art. 244 de la *LFI* a été introduit en 1992 et visait les créanciers garantis qui cherchaient à réaliser leurs sûretés détenues en vertu d'une loi provinciale sur la totalité ou la quasi-totalité des biens du débiteur insolvable. Puisque l'obligation de donner un préavis de 10 jours a depuis été intégrée au régime national de mise sous séquestre et qu'elle vise un objectif semblable, je suis d'avis qu'une analyse téléologique complète de ce régime doit prendre en compte les objectifs fédéraux initialement visés à l'art. 244.

[89] Il semble enfin que le législateur ait souhaité que, lorsqu'ils sont saisis d'une demande, les tribunaux prennent en considération l'ensemble des circonstances et qu'ils rendent une décision équitable en tenant compte de l'ensemble du contexte factuel. C'est ce qui ressort à l'évidence du par. 243(1) de la *LFI*, qui prévoit que le tribunal peut nommer un séquestre « s'il est convaincu que cela est juste ou opportun ». Le créancier garanti n'est pas tenu de surmonter des obstacles majeurs en matière de preuve. La loi ne limite d'aucune façon le pouvoir discrétionnaire du tribunal. Il faut se rappeler que, historiquement, la nomination d'un séquestre était un remède d'equity qui visait à protéger les droits des parties et à préserver les biens, et que l'on appliquait cette mesure généreusement chaque fois

and is commensurate with the demands and realities of real-time litigation.

[90] In sum, s. 243 *BIA* is a typical bankruptcy and insolvency provision designed to operate in real time. It seeks to balance the interests of secured creditors and debtors through a process for applying for a national receiver that is adaptable and sensitive to the circumstances, and that can be launched quickly if need be.

B. *Narrow Construction of the Federal Purpose Endorsed by the Majority*

[91] The majority sees in s. 243 only one purpose: to enable secured creditors to apply for the appointment of a national receiver, thereby eliminating the need to undertake the lengthy and cumbersome process of applying for a receiver in multiple jurisdictions. Respectfully, I cannot subscribe to so narrow a reading.

[92] I agree with my colleagues' assessment of the problem that prompted Parliament to introduce the national receivership scheme in what is now s. 243 *BIA*. Before that section was introduced, many had expressed concerns that the absence of a national receivership regime required secured creditors to undertake the cumbersome process of applying for a receiver in each province. In addition, a practice had emerged in some provinces of appointing interim receivers under s. 47 *BIA* and conferring broad nationwide powers on them for indefinite periods, often lasting through to the final liquidation of a debtor's assets and displacing the intended role of a receiver appointed under the auspices of provincial law: J. P. Sarra, G. B. Morawetz and L. W. Houlden, *The 2015 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act* (2015), at p. 174; *Railside Developments Ltd., Re*, 2010 NSSC 13, 62 C.B.R. (5th) 193, at paras. 50-51. Indeed, in 2006 this Court waded into the controversy. Abella J., for a majority of the Court, cautioned against an

qu'on le jugeait nécessaire : Bennett, p. 2. Le processus prévu au par. 243(1) de la *LFI* découle de cette origine et vise cet objectif; il correspond aux exigences et aux réalités concrètes du contentieux en temps réel.

[90] En somme, l'art. 243 de la *LFI* est une disposition typique en matière d'insolvabilité et de faillite, et il est conçu pour s'appliquer en temps réel. Il vise à établir un équilibre entre les intérêts des créanciers garantis et ceux des débiteurs en prévoyant un processus de demande de nomination d'un séquestre national qui est souple, qui tient compte des circonstances et qui peut être enclenché rapidement au besoin.

B. *L'interprétation étroite de l'objet fédéral retenue par la majorité*

[91] Selon les juges majoritaires, l'art. 243 ne vise qu'un seul objectif : permettre aux créanciers garantis de demander la nomination d'un séquestre national, les dispensant ainsi de la nécessité d'entreprendre le long et fastidieux processus les obligeant à demander la nomination d'un séquestre dans plusieurs provinces. Avec égards, je ne puis souscrire à une interprétation aussi étroite.

[92] Je suis d'accord avec mes collègues quant à l'analyse qu'ils font du problème qui a incité le législateur à instaurer, à ce qui est maintenant l'art. 243 de la *LFI*, le régime national de mise sous séquestre. Avant l'adoption de cet article, de nombreuses voix s'étaient élevées pour déplorer le fait que l'absence de régime de nomination d'un séquestre national obligeait les créanciers garantis à se plier au processus fastidieux qui les obligeait à demander la nomination d'un séquestre dans chaque province où le débiteur avait des actifs. De plus, on avait constaté, dans certaines provinces, l'apparition d'une pratique consistant à nommer un séquestre intérimaire en vertu de l'art. 47 de la *LFI* et à lui conférer des pouvoirs étendus à l'échelle nationale pour une période indéfinie. Cette période se prolongeait souvent jusqu'à la liquidation définitive des actifs du débiteur, faisant ainsi échec au rôle que l'on entendait faire jouer au séquestre nommé en vertu de la législation provinciale : J. P. Sarra, G. B. Morawetz

“open-ended” reading of s. 47 based on “jurisdictional largesse” in regard to unilateral declarations regarding third party rights: *GMAC Commercial Credit Corp. — Canada v. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 SCC 35, [2006] 2 S.C.R. 123, at paras. 45-46.

[93] The amendments passed in 2005 (c. 47) and 2007 (c. 36), both brought into force in 2009, aimed to bring clarity and consistency to the system of receivership under the *BIA*. First, the amendments limited the powers of interim receivers appointed under s. 47 *BIA* as well as the duration of their appointments, which clearly became “interim” in nature. Second, Parliament reworked Part XI of the *BIA* so that s. 243 provided for the appointment of a national receiver over all or substantially all of an insolvent debtor’s assets. This receivership regime is not exclusive; s. 243(2) *BIA* makes it clear that a national receiver may also be appointed by private agreement or under another Act, whether provincial or federal.

[94] I do not dispute that s. 243 *BIA*’s introduction was *prompted* by a need for a national full receiver, which would ensure that a secured creditor did not have to undertake the process of applying for a receiver in every province and would limit the need to have recourse to an interim receiver over indefinite periods. I also agree that receivers appointed under Part XI are subject to a uniform set of standards and duties.

[95] However, my colleagues have, in construing the federal purpose, focused principally on the specific mischief that prompted Parliament to amend

et L. W. Houlden, *The 2015 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act* (2015), p. 174; *Railside Developments Ltd., Re*, 2010 NSSC 13, 62 C.B.R. (5th) 193, par. 50-51. D’ailleurs, en 2006, notre Cour s’est engagée dans cette controverse. S’exprimant au nom des juges majoritaires, la juge Abella avait alors formulé une mise en garde contre une interprétation de l’art. 47 qui aurait pour effet de donner une « portée illimitée » ou « d’attribuer des pouvoirs [. . .] larges » dans le contexte des jugements déclaratoires unilatéraux concernant les droits des tiers : *Société de crédit commercial GMAC — Canada c. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 CSC 35, [2006] 2 R.C.S. 123, par. 45-46.

[93] Les modifications adoptées en 2005 (c. 47) et en 2007 (c. 36), qui sont entrées en vigueur en 2009, visaient à apporter clarté et cohérence dans le régime de mise sous séquestre de la *LFI*. En premier lieu, les modifications ont eu pour effet de restreindre les pouvoirs des séquestres intérimaires nommés en vertu de l’art. 47 de la *LFI* et de limiter la durée de leur mandat, lequel a clairement pris un caractère « intérimaire ». En second lieu, le législateur fédéral a réaménagé la partie XI de la *LFI* en prévoyant à l’art. 243 la nomination d’un séquestre national à l’égard de la totalité ou la quasi-totalité des biens du débiteur insolvable. Ce régime de mise sous séquestre n’est pas exclusif; le par. 243(2) de la *LFI* précise qu’un séquestre national peut également être nommé aux termes d’un contrat de garantie ou d’une autre loi fédérale ou provinciale.

[94] Je ne conteste pas que l’adoption de l’art. 243 de la *LFI* était *motivée* par la nécessité de prévoir la nomination d’un séquestre national qui dispenserait les créanciers garantis de la nécessité de se soumettre au processus de demande de nomination d’un séquestre dans chaque province, réduisant d’autant le besoin de recourir à un séquestre intérimaire pour des périodes indéfinies. Je conviens également que les séquestres nommés en vertu de la partie XI sont assujettis à un ensemble de normes et d’obligations uniformes.

[95] Toutefois, dans l’interprétation qu’ils font de l’objet fédéral, mes collègues mettent principalement l’accent sur le problème précis qui a incité le

Part XI of the *BIA* in 2005 and 2007, while largely overlooking the federal purposes related to receivership law that were given effect when Part XI was introduced in 1992 and that have carried through to modern day s. 243. It must be remembered that s. 243 is the product of an incremental evolution. The prescribed 10-day notice period for secured creditors seeking to enforce a security on all or substantially all of the inventory, accounts receivable or other property of a business debtor was among the first rules codified in Part XI of the *BIA* in 1992. It was designed to apply to receivers governed by the common law or by provincial legislation. In my view, it was then that Parliament struck a balance between the interest of secured creditors in a timely remedy and that of insolvent debtors in being afforded enough time to arrange their financial affairs. The 2005 and 2007 amendments — the latest steps in this legislative evolution — were specifically intended to provide secured creditors with access to a national receivership. However, I am convinced that the foundational purposes that have animated federal receivership law since 1992 must form part of any credible account of the federal purpose underlying today's s. 243. I fear that if this Court disregards these foundational purposes in its frustration of purpose analysis, the provinces will be left free to mangle the receivership scheme such that it no longer functions as Parliament intended it to.

[96] I will now attempt to address more specifically a number of arguments raised by my colleagues. In short, they argue that a narrow construction of s. 243's purpose is supported by the text of the *BIA*, by extrinsic evidence regarding its legislative history and by the purpose and operation of the *Farm Debt Mediation Act*, S.C. 1997, c. 21 (“*FDMA*”). Respectfully, I do not agree.

législateur à modifier la partie XI de la *LFI* en 2005 et en 2007, mais ignorent de façon significative les objectifs fédéraux du droit en matière de mise sous séquestre auxquels le législateur a donné effet en édictant la partie XI en 1992, et qui ont été repris dans le libellé actuel de l'art. 243. Il faut se rappeler que l'art. 243 est le fruit d'une évolution graduelle. Le préavis de 10 jours que devaient respecter les créanciers garantis qui cherchaient à faire exécuter une garantie sur la totalité ou la quasi-totalité des biens, des stocks et des comptes à recevoir d'une entreprise débitrice faisait partie des premières règles codifiées à la partie XI de la *LFI* en 1992. Il était censé s'appliquer aux séquestres régis par la common law ou par les lois provinciales. À mon avis, c'est à ce moment que le législateur fédéral a établi un équilibre entre l'intérêt des créanciers garantis de pouvoir exercer un recours en temps utile, et celui des débiteurs insolvables de bénéficier de suffisamment de temps pour mettre de l'ordre dans leurs affaires financières. Les modifications apportées en 2005 et en 2007 — correspondant à la dernière phase de cette évolution — visaient expressément à assurer aux créanciers garantis l'accès à un régime de nomination d'un séquestre national. Toutefois, je suis persuadée que les objectifs fondamentaux qui ont animé l'évolution du droit fédéral en matière de mise sous séquestre depuis 1992 doivent être pris en compte si l'on veut dresser un portrait fidèle de l'objet fédéral visé à l'art. 243 actuel. Je crains que, si notre Cour ignore ces objectifs fondamentaux dans son analyse visant à déterminer s'il y a entrave à la réalisation de l'objet fédéral, les provinces puissent modifier à leur gré le régime de mise sous séquestre, de sorte qu'il ne rencontre plus les objectifs visés par le législateur fédéral.

[96] Je vais maintenant tenter de répondre plus précisément à un certain nombre des arguments soulevés par mes collègues. En résumé, ils soutiennent que le libellé de la *LFI*, certains éléments de preuves extrinsèques concernant l'historique législatif de la *LFI*, de même que l'objet et l'application de la *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole*, L.C. 1997, c. 21 (« *LMEA* »), appuient une interprétation étroite de l'art. 243. Avec égards, je ne puis me résoudre à souscrire à cette opinion.

(1) Interim Receivership

[97] It is argued that, to the extent that timeliness is an important concern, it has been addressed through the interim receivership regime under s. 47 *BIA*, and that any constitutional conflict between Part II of the *SFSA* and that section should be left for another day.

[98] If anything, the *BIA*'s current interim receivership regime confirms the vital importance of timeliness for the national full receivership. It is generally accepted that interim receivership was "created to protect the interests of secured creditors during the brief period between the time when a secured creditor delivers a notice that it intends to exercise its rights under a security agreement and the time when it can exercise that right under s. 244": Sarra, Morawetz and Houlden, at p. 174. However, as my colleagues document in their reasons, following the 2005 and 2007 amendments the interim receivership was intended to be time-limited. The interim receivership now expires after 30 days unless another period is specified by the court: s. 47(1)(c) *BIA*. If the interim receivership is meant to preserve debtors' property until a national full receiver is appointed, this 30-day expiration date suggests that Parliament intended a receiver to be appointed promptly.

[99] Furthermore, the interim receiver does not possess all the powers that a national receiver does. For instance, s. 243(1)(c) provides that a court may appoint a receiver to "take any other action that the court considers advisable", which may include disposing of the debtor's property and distributing the proceeds. While it will often be important that this be done quickly, the *BIA* does not permit courts to grant that power to interim receivers: Wood, at pp. 477-78. Moreover, interim receivers appointed under Part II of the *BIA* are not subject to all the rules imposed by Part XI. As a result, I do not share the majority's view that the existence of the interim receivership regime negates the importance of

(1) La mise sous séquestre intérimaire

[97] L'on avance que, dans la mesure où la célérité est une préoccupation importante, cette question a été réglée par la mise en place du régime de nomination d'un séquestre intérimaire à l'art. 47 de la *LFI*, et que la question de déterminer s'il y a conflit constitutionnel entre la partie II de la *SFSA* et cet art. 47 devrait être reportée à plus tard.

[98] À vrai dire, le régime actuel de nomination du séquestre intérimaire prévu par la *LFI* confirme l'importance cruciale que revêt la célérité pour la nomination d'un séquestre national. Il est généralement reconnu que la mise sous séquestre intérimaire a été [TRADUCTION] « créée pour protéger les intérêts des créanciers garantis au cours de la brève période qui s'écoule entre le moment où le créancier garanti envoie un avis de son intention d'exercer ses droits en vertu d'un contrat de garantie et celui où il peut exercer ce droit en vertu de l'art. 244 » : Sarra, Morawetz et Houlden, p. 174. Toutefois, ainsi que mes collègues le soulignent, à la suite des modifications apportées en 2005 et en 2007, la mise sous séquestre intérimaire n'était censée durer qu'un certain temps. La mise sous séquestre intérimaire expire maintenant après 30 jours, sauf si le tribunal précise une autre période : al. 47(1)c) de la *LFI*. Si la mise sous séquestre intérimaire est censée préserver les biens du débiteur jusqu'à la nomination d'un séquestre national, ce délai de 30 jours indique que le législateur souhaitait qu'un séquestre puisse être nommé rapidement.

[99] De plus, le séquestre intérimaire ne possède pas tous les pouvoirs du séquestre national. Par exemple, aux termes de l'al. 243(1)c), le tribunal peut habiliter un séquestre à « prendre toute autre mesure qu'il estime indiquée », notamment aliéner les biens du débiteur et en distribuer le produit. Même s'il est souvent important que des mesures de ce genre soient prises rapidement, la *LFI* ne permet pas aux tribunaux de conférer ces pouvoirs au séquestre intérimaire : Wood, p. 477-478. En outre, les séquestres intérimaires nommés en vertu de la partie II de la *LFI* ne sont pas assujettis à toutes les règles prévues à la partie XI. Par conséquent, je ne partage pas l'opinion de la majorité suivant laquelle

timeliness for the appointment of a receiver under Part XI.

[100] Lastly, I am concerned that the majority's reading of s. 243(1.1) risks undermining the intended effect of the 2005 and 2007 amendments to the *BIA*. As the majority thoroughly documents, the amendments were designed in part to return the interim receivership to its appropriate role, limited in both power and time. The majority's interpretation of s. 243 *BIA* has the potential to once again open the door to periods of indefinite interim receivership, since under the majority's understanding the appointment of receivers under s. 243 may be stalled for extended periods of time by excessive notice periods imposed by provincial laws.

(2) Discretionary Nature of the National Receivership Regime

[101] My colleagues find support in the fact that the s. 243 remedy is discretionary. As I explained above, the section does not compel courts to appoint a receiver, but instead recognizes courts' discretion to do so if it is "just or convenient". In my colleagues' view, this means that a secured creditor is not entitled to a national full receiver. If secured creditors are not so entitled, they argue, there can be no frustration of federal purpose when the *SFSA* adds additional requirements before secured creditors are permitted to have recourse to the s. 243 remedy.

[102] However, this interpretation seems to misrepresent what Parliament intended to provide secured creditors in the circumstance of debtor insolvency. It is clear that, under the *BIA*, secured creditors are not, *per se*, entitled as of right to a receiver. Rather, Parliament intended to confer on them the right to *apply* for the appointment of a national full receiver on very short notice. I fail to see how this

l'existence du régime de mise sous séquestre intérimaire fait disparaître l'importance de la célérité quant à la nomination d'un séquestre en vertu de la partie XI.

[100] Enfin, je crains que la façon dont mes collègues interprètent le par. 243(1.1) n'affaiblisse l'effet que recherchait le législateur en modifiant la *LFI* en 2005 et en 2007. Comme ils l'expliquent en détail, les modifications visaient notamment à faire en sorte que la mise sous séquestre intérimaire reprenne le rôle qui aurait toujours dû être le sien, tant en ce qui concerne les pouvoirs exercés que sa durée. L'interprétation que fait la majorité de l'art. 243 de la *LFI* risque de provoquer le retour à des mises sous séquestre intérimaires pour des périodes indéfinies puisque, selon eux, la nomination d'un séquestre en vertu de l'art. 243 peut être suspendue pendant de très longues périodes en raison des délais excessifs imposés par une loi provinciale.

(2) La nature discrétionnaire du régime de nomination d'un séquestre national

[101] Mes collègues s'appuient sur le fait que le recours prévu à l'art. 243 est discrétionnaire. Comme je l'ai déjà expliqué, cet article n'oblige pas les tribunaux à nommer un séquestre, mais reconnaît plutôt que les tribunaux ont le pouvoir discrétionnaire d'ordonner cette mesure s'ils estiment qu'il est « juste ou opportun » de le faire. Mes collègues en déduisent que le créancier garanti n'a pas un droit automatique à la nomination d'un séquestre national. Si les créanciers garantis n'ont pas ce droit automatique, on ne peut selon eux conclure qu'il y a eu entrave à la réalisation d'un objet fédéral lorsque la *SFSA* ajoute d'autres exigences avant de permettre aux créanciers garantis d'exercer le recours prévu à l'art. 243.

[102] Cette interprétation semble toutefois erronément représenter ce que le législateur avait l'intention de permettre aux créanciers garantis en cas d'insolvabilité d'un débiteur. Il est évident que, sous le régime de la *LFI*, les créanciers garantis n'ont pas automatiquement droit à la nomination d'un séquestre national. Le législateur souhaitait plutôt leur conférer le droit de *demandeur* la nomination d'un

residual discretion undermines Parliament's evident intention to enable timely access to receivership. Rather, the significant discretion vested in the courts suggests that Parliament wished courts to respond to each application on a case-by-case basis in light of the full factual matrix before them.

(3) The Special Case of Farmers

[103] It is argued that the special treatment afforded to farmers by the *BIA* must be included in any purposive analysis of s. 243 *BIA*. Specifically, s. 48 *BIA* excludes farmers from involuntary bankruptcy proceedings. On this argument, I share the view articulated by Richards C.J. in the Court of Appeal's reasons (see para. 63). Given that Parliament expressly excluded farmers from involuntary bankruptcy proceedings, one would expect that Parliament would have enacted a similar provision to exclude farmers from s. 243 *BIA* if it intended to extend special treatment to farmers with regard to the appointment of a national receiver. However, there is no such provision in Part XI.

[104] My colleagues also argue that the federal *FDMA* amounts to parliamentary recognition that the receivership regime in Part XI of the *BIA* can be subjected to additional provincial delays in the context of a farmer's insolvency. Unfortunately, I can read no such implication into the *FDMA*. For one, there are stark differences between the *FDMA* and the *SFSA*, both in their operation and the policy preferences they embody. As a result, the existence of the former cannot be taken as evidence that Parliament intended the *BIA* to coexist with the latter.

[105] For instance, the *FDMA* provides that a security holder is only required to give a farmer-debtor

séquestre national à très bref préavis. Je ne vois pas comment ce pouvoir discrétionnaire résiduel contre-carre l'intention évidente du législateur de permettre l'obtention rapide d'une mise sous séquestre nationale. Le pouvoir discrétionnaire considérable conféré aux tribunaux indique plutôt que le législateur souhaitait qu'ils répondent à chaque demande au cas par cas en tenant compte de toutes les circonstances et du contexte factuel porté à leur connaissance.

(3) Le cas spécial des agriculteurs

[103] Mes collègues soutiennent qu'il faut, dans toute analyse téléologique de l'art. 243 de la *LFI*, tenir compte du traitement spécial que la *LFI* réserve aux agriculteurs. Plus précisément, l'art. 48 de la *LFI* soustrait les agriculteurs aux procédures de faillite involontaire. En ce qui concerne cet argument, je partage l'opinion formulée en l'espèce par le juge en chef Richards de la Cour d'appel (voir par. 63). Comme le législateur a expressément soustrait les agriculteurs aux procédures de faillite involontaire, on aurait pu s'attendre à ce qu'il adopte une disposition semblable pour soustraire les agriculteurs à l'application de l'art. 243 de la *LFI* s'il avait l'intention d'appliquer ce même traitement spécial aux agriculteurs dans le cas de la nomination d'un séquestre national. Or, on ne trouve aucune disposition en ce sens à la partie XI.

[104] Mes collègues prétendent également que le législateur fédéral a reconnu dans la *LMEA* fédérale le fait que le régime de mise sous séquestre prévu à la partie XI de la *LFI* peut être assujéti aux délais supplémentaires prévus par la loi provinciale lorsqu'un agriculteur devient insolvable. Malheureusement, je ne puis discerner une telle déduction dans la *LMEA*. Tout d'abord, il existe des différences marquées entre la *LMEA* et la *SFSA*, tant en ce qui concerne leurs modalités d'application que les grands principes que chacune incarne. Par conséquent, l'existence de la première ne saurait être considérée comme une preuve que le législateur souhaitait que la *LFI* coexiste avec la seconde.

[105] Ainsi, suivant la *LMEA*, le créancier garanti est seulement tenu de donner à l'agriculteur

15 business days' notice before attempting to obtain any remedy or institute any proceeding to recover its debt or to take any property of the farmer: s. 21. And while it is true that a farmer may apply for a 30-day stay of proceedings (s. 5(1)(a)) and that the stay may be renewed up to three times, those renewals are subject to strict conditions. A renewal of the stay is only to be granted where it is essential to the formulation of an arrangement between the farmer and his or her creditors: s. 13(1). Otherwise, a stay will only be renewed where it will neither diminish the value of the farmer's assets nor unduly prejudice the farmer's creditors, and where there is no indication of bad faith on the farmer's part: *Farm Debt Mediation Regulations*, SOR/98-168, s. 3. Furthermore, an administrator may terminate the stay of proceedings at any time for any of a wide variety of reasons, including that mediation will not lead to an arrangement between the parties or that the farmer has jeopardized his or her assets: s. 14(2).

[106] Unlike the *SFSA*, the *FDMA* does not impose an automatic and absolute 150-day moratorium on an application for the appointment of a receiver. Moreover, the *FDMA* does not entitle every insolvent farmer to apply for a stay of proceedings: s. 20(1). In addition, where a stay has been issued, an administrator must appoint a guardian of the farmer's assets (s. 16), and the stay does not preclude the appointment of an interim receiver under the *BIA*: *Jacob's Hold Inc. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2000), 52 O.R. (3d) 776 (S.C.J.). That protection is not extended to secured creditors under the *SFSA*. Also, as I mentioned above, the stay under the *FDMA* can be terminated by the administrator whenever it has become evident that mediation will not result in an arrangement between the farmer-debtor and the majority of the creditors: s. 14(2). And once the stay has been terminated or has expired, the *FDMA* does not require an application for leave or impose a high burden of proof on secured creditors.

un préavis de 15 jours ouvrables avant de tenter d'obtenir quelque remède ou d'instituer un recours pour recouvrer sa dette ou pour prendre possession d'un bien de l'agriculteur : art. 21. Et s'il est vrai que l'agriculteur peut demander la suspension des recours de ses créanciers pour une période de 30 jours (al. 5(1)a)) et que cette suspension peut être renouvelée jusqu'à trois fois, ces renouvellements sont assujettis à des conditions strictes. La période de suspension ne peut être prolongée que si ce délai supplémentaire est nécessaire pour permettre à l'agriculteur et à ses créanciers de conclure un arrangement : par. 13(1). Sinon, la prolongation de la période de suspension ne sera accordée que si elle n'est pas susceptible de diminuer la valeur des actifs de l'agriculteur ou de porter indûment préjudice aux créanciers de l'agriculteur, et que rien ne laisse supposer de la mauvaise foi de la part de ce dernier : *Règlement sur la médiation en matière d'endettement agricole*, DORS/98-168, art. 3. De plus, l'administrateur peut lever la suspension en tout temps pour diverses raisons, notamment s'il estime que la médiation ne se conclura pas par un arrangement entre les parties ou que l'agriculteur a porté atteinte à la conservation de ses actifs : par. 14(2).

[106] Contrairement à la *SFSA*, la *LMEA* n'a pas pour effet d'imposer un moratoire automatique et absolu de 150 jours sur toute demande de nomination d'un séquestre. De plus, suivant la *LMEA*, les agriculteurs insolvables n'ont pas tous le droit de demander la suspension des procédures : par. 20(1). En outre, lorsqu'une suspension a été prononcée, l'administrateur doit nommer un gardien des actifs de l'agriculteur (art. 16) et la suspension n'empêche pas la nomination d'un séquestre intérimaire en vertu de la *LFI* : *Jacob's Hold Inc. c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2000), 52 O.R. (3d) 776 (C.S.J.). Les créanciers garantis ne bénéficient pas de cette protection sous le régime de la *SFSA*. De même, comme je l'ai déjà indiqué, l'administrateur peut lever la suspension en vertu de la *LMEA* lorsqu'il est devenu évident que la médiation ne pourra se conclure par un arrangement entre l'agriculteur et la majorité des créanciers : par. 14(2). Et dès que la suspension a été levée ou a pris fin, les créanciers garantis ne sont plus obligés de demander une autorisation ni de s'acquitter d'un lourd fardeau de preuve.

[107] In my view, the special treatment for farmers prescribed by the *FDMA* displays many of the same qualities — timeliness, adaptability and sensitivity to the totality of circumstances — that are shared by s. 243 *BIA*. Briefly stated, the *FDMA* is still highly time-sensitive: only 15 business days' notice is required and the stay lasts but 30 days and can be renewed only if strict conditions are met. The *FDMA* also demonstrates a remarkable degree of oversight and adaptability to circumstances, given that the stay of proceedings can be terminated or extended where necessary. From the standpoint of efficacy, a stay can be extended only for the purpose of fostering an arrangement between the parties, and may be suspended if an arrangement is not possible, if the value of the farmer's assets is threatened or if bad faith is evident.

[108] The scheme of the *FDMA* is thus quite compatible with the balance struck in s. 243 *BIA*, providing a prompt and circumstance-sensitive remedy that is tailored to the commercial realities of farming. As a result, if the provincial legislation had mirrored the *FDMA*, my conclusion as to frustration of federal purpose would have been different.

(4) Exhaustiveness

[109] I agree with my colleagues that Part XI of the *BIA* contemplates some degree of interaction and overlap with provincial legislation. This is made clear in s. 243(2), which includes all receivers of an insolvent debtor in the definition of “receiver”. More broadly, s. 72(1) states that the provisions of the *BIA* “shall not be deemed to abrogate or supersede the substantive provisions of any other law or statute relating to property and civil rights that are not in conflict with this Act”.

[110] This conclusion is consonant not only with the evidence concerning the legislative context, but also with this Court's jurisprudence. Parliament

[107] À mon avis, le traitement spécial que la *LMEA* réserve aux agriculteurs présente bon nombre des mêmes caractéristiques — célérité, souplesse et prise en compte de l'ensemble des circonstances — que celles que l'on trouve à l'art. 243 de la *LFI*. En un mot, la nécessité d'agir rapidement joue également un rôle très important dans l'opération de la *LMEA* : un préavis de 15 jours ouvrables seulement est exigé, et la suspension des recours ne dure que 30 jours et ne peut être renouvelée que si des conditions strictes sont respectées. La *LMEA* exige également un degré remarquable de surveillance et peut être adaptée aux circonstances étant donné que la suspension des procédures peut être levée ou prolongée au besoin. Sur le plan de l'efficacité, la suspension ne peut être prolongée que si elle favorise la conclusion d'une entente entre les parties, et elle peut être levée si aucun arrangement n'est possible, si la valeur des actifs de l'agriculteur est compromise ou si la mauvaise foi est évidente.

[108] L'économie de la *LMEA* va ainsi dans le sens de l'équilibre établi à l'art. 243 de la *LFI* en offrant un recours rapide qui tient compte des circonstances et qui est adapté aux réalités commerciales de l'agriculture. Pour cette raison, si la loi provinciale reflétait la *LMEA*, ma conclusion quant à l'entrave à la réalisation de l'objet de la loi fédérale aurait été différente.

(4) L'exhaustivité

[109] Je suis d'accord avec mes collègues pour dire que la partie XI de la *LFI* permet un certain degré d'interaction et de chevauchement avec les lois provinciales, comme le démontre à l'évidence le par. 243(2) qui, dans la définition de « séquestre », inclut tous séquestres d'un débiteur insolvable. De façon plus générale, le par. 72(1) précise que les dispositions de la *LFI* « n'[ont] pas pour effet d'abroger ou de remplacer les dispositions de droit substantif d'une autre loi ou règle de droit concernant la propriété et les droits civils, non incompatibles avec la présente loi ».

[110] Cette conclusion s'accorde non seulement avec la preuve relative au contexte de la loi, mais également avec la jurisprudence de notre Cour. Le

should not be presumed to intend to occupy or cover the field simply because it has legislated in regard to a particular matter: *Canadian Western Bank*, at para. 74.

[111] However, my colleagues appear to have concluded that since the federal regime is not exhaustive, it necessarily contemplates the possibility of being supplemented by Part II of the *SFSA*. In this vein, Abella and Gascon JJ. distinguish the instant case from *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121, by noting that, unlike in *Hall*, the receivership regime of the *BIA* is not a complete or exhaustive code that necessarily excludes provincial legislation. Respectfully, their argument would benefit from a more nuanced approach.

[112] The essential question in this appeal is not whether Parliament intended to be exhaustive or not. It is whether the operation of Part II of the *SFSA* undermines to a sufficient extent the federal purposes underlying s. 243 *BIA*.

[113] It is worth noting that the federal purpose given effect through s. 243 does not impose an absolute bright line over which provinces may not tread. I do not believe that Parliament intended that the right of secured creditors to apply for a national receiver would be subject *only* to a 10-day notice period and that *any* provincial qualification or restriction, no matter how minor, would frustrate the federal purpose. This would assume that Parliament intended to cover the field, a proposition I would not adopt.

[114] Instead, I see a federal purpose drawn in broad strokes, namely to establish a process for applying for a national receiver that is timely, adaptable in case of emergency and sensitive to the totality of circumstances. If a province wishes to legislate in a way that will affect the federal receivership regime — which, by this Court's jurisprudence, is paramount in cases of conflict — then it

fait que le législateur fédéral ait légiféré sur une matière ne permet pas de présumer qu'il a voulu, par là, occuper tout le champ : *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 74.

[111] Mes collègues semblent toutefois conclure que, puisque le régime fédéral n'est pas exhaustif, il faut par conséquent envisager la possibilité qu'il puisse être complété par la partie II de la *SFSA*. Poursuivant le raisonnement, les juges Abella et Gascon distinguent le présent pourvoi de l'arrêt *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121, en faisant observer qu'à la différence de l'affaire *Hall*, le recours en nomination d'un séquestre prévu par la *LFI* ne constitue pas un code complet ou exhaustif qui exclut nécessairement la législation provinciale. Avec égards, leur raisonnement gagnerait à être plus nuancé.

[112] La question essentielle en l'espèce n'est pas de savoir si le législateur entendait être exhaustif ou non, mais bien si l'application de la partie II de la *SFSA* porte suffisamment atteinte aux objectifs fédéraux que vise l'art. 243 de la *LFI*.

[113] Il convient de signaler que l'objectif fédéral auquel l'art. 243 donne effet n'impose pas une ligne de démarcation que les provinces ne doivent en aucun cas franchir. Je ne crois pas que le législateur fédéral avait l'intention d'accorder aux créanciers garantis le droit de demander la nomination d'un séquestre national sous réserve *uniquement* d'un préavis de 10 jours de sorte que *toute* réserve ou restriction apportée par une loi provinciale, aussi mineure soit-elle, constituerait une entrave à la réalisation de l'objet de la loi fédérale. Raisonner ainsi signifierait que le législateur fédéral entendait occuper tout le champ, une idée que je ne suis pas prête à accepter.

[114] À mon avis, l'objet fédéral a pu être dessiné à grandes lignes, notamment afin d'instaurer un processus de demande de nomination d'un séquestre national qui soit rapide, qui s'adapte aux situations d'urgence et qui tienne compte de l'ensemble des circonstances. Si une province souhaite légiférer d'une façon susceptible d'avoir une incidence sur le régime fédéral de nomination de séquestre —

must do so in a manner consistent with that purpose. If the province does so, its regime will dovetail seamlessly with the federal regime and produce no frustration.

[115] This has happened before. In *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53, federal legislation regarding maritime liability provided a right of action for workplace injury for dependants of a deceased. The language used in the legislation was not exhaustive, and the question was whether a provincial regime, which denied the right of action but established a no-fault compensation system, frustrated the federal purpose. LeBel and Karakatsanis JJ., for the Court, ruled that the federal legislation “was enacted to expand the range of claimants who could start an action in maritime negligence law” and that, since the provincial legislation simply provided a “different regime” of compensation, it did not frustrate the federal purpose: para. 84. Thus, the province had respected the federal purpose while fashioning its own scheme, and in doing so had avoided triggering the doctrine of federal paramountcy.

[116] In the case at bar, the federal purpose I outlined above leaves a wide legislative space open to the provinces. For instance, I have already mentioned that, were the provincial legislation to mirror the *FDMA*, there would be no frustration of purpose. This is because the *FDMA* largely embodies the *BIA*’s purpose of providing creditors with a timely, effective and adaptable remedy in the specific context of a farmer’s insolvency.

[117] As a province strays from this federal purpose, however, there will come a point where frustration simply cannot be ignored. This is in keeping with this Court’s insistence that the burden to be discharged by a party asserting frustration of a federal purpose is high: *COPA*, at para. 66. Where federal legislation is non-exclusive, the frustration of federal

lequel, suivant la jurisprudence de notre Cour, a la préséance en cas de conflit —, elle doit le faire d’une manière cohérente avec l’objet fédéral en question. Si la province légifère ainsi, son régime s’imbriquera parfaitement avec le régime fédéral et il n’y aura pas d’entrave à la réalisation de son objet.

[115] Une telle situation s’est déjà produite. Dans l’affaire *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53, une loi fédérale sur la responsabilité en matière maritime conférait un droit d’action aux personnes à charge des personnes décédées lors d’accidents du travail. Le libellé de la loi n’était pas exhaustif et la question était de savoir si le régime provincial, qui niait le droit d’action mais établissait un régime d’indemnisation sans égard à la responsabilité, entravait la réalisation de l’objet de la loi fédérale. S’exprimant au nom de la Cour, les juges LeBel et Karakatsanis ont estimé que le texte de loi fédérale avait été « édicté en vue d’élargir la catégorie des personnes admises à intenter une action en négligence fondée sur le droit maritime » et que, comme la loi provinciale instaurait tout simplement un « régime d’indemnisation distinct », elle n’entravait pas la réalisation de l’objectif fédéral : par. 84. La province avait donc respecté l’objet fédéral tout en instaurant son propre régime, évitant ainsi l’application de la doctrine de la prépondérance fédérale.

[116] En l’espèce, l’objet fédéral que je viens d’exposer laisse une vaste latitude aux provinces pour légiférer. Par exemple, j’ai déjà indiqué que si la loi provinciale reflétait la *LMEA*, elle n’entraverait pas la réalisation de l’objet de la loi fédérale. Cette situation s’explique par le fait que la *LMEA* matérialise dans une large mesure l’objet de la *LFI* consistant à offrir aux créanciers un recours rapide, efficace et souple dans le contexte spécifique de l’insolvabilité de l’agriculteur.

[117] Toutefois, lorsqu’une province s’écarte de cet objet fédéral, il arrive un moment où l’on ne peut tout simplement plus ignorer l’entrave à la réalisation de l’objet de la loi fédérale. Cette façon de voir est conforme à la jurisprudence de notre Cour suivant laquelle le fardeau incombant à la partie qui invoque l’entrave à la réalisation d’un objet est un

purpose must be particularly stark to dispense of that burden.

[118] This may be where my approach departs from that of my colleagues. In the name of cooperative federalism, they have opted for a very narrow construction of the federal purpose. My colleagues may understandably be concerned that, if the federal purpose is construed as specifically providing secured creditors with a right to apply for a receiver that is subject *only* to a 10-day notice period, any provincial qualification or restriction of that right *would* amount to frustration. However, if the federal purpose is understood in more general terms (as I believe I am doing), then it will be difficult for any party to meet the high burden of proving frustration unless the provincial legislation deviates significantly from the purposes of the overlapping federal legislation.

[119] For the reasons that I outline below, I believe that this high burden of proof has been discharged in the instant case: the federal purpose of providing a timely, flexible and context-sensitive remedy for secured creditors has been frustrated by the important obstacles the province has deliberately placed in the way of secured creditors.

(5) Role of Extrinsic Evidence in Establishing the Federal Purpose

[120] Before embarking on the final frustration of purpose analysis, it is worth commenting on my colleagues' reliance on extrinsic evidence, including the remarks of individual members of Parliament, in support of their narrow construction of s. 243's purpose. Resorting to extrinsic evidence is certainly not necessary. Indeed, as far as I can tell, this Court has generally not done so in seeking to discern federal purpose in its frustration of purpose jurisprudence. In *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, 2005 SCC 13, [2005] 1 S.C.R. 188, Major J., for the Court, construed the federal purpose of s. 30

lourd fardeau : *COPA*, par. 66. Lorsqu'une loi fédérale n'est pas exclusive, l'entrave à la réalisation de son objet doit être particulièrement flagrante pour que la partie qui l'invoque puisse se décharger de ce fardeau de preuve.

[118] C'est là où je crois me dissocier de mes collègues. Au nom du fédéralisme coopératif, ils ont opté pour une interprétation très étroite de l'objet fédéral. Mes collègues semblent craindre que, si l'on interprète l'objet fédéral comme conférant expressément aux créanciers garantis le droit de demander la nomination d'un séquestre sous réserve *uniquement* d'un préavis de 10 jours, toute réserve ou restriction apportée à ce droit par les provinces *serait* considérée comme une entrave à la réalisation de l'objet fédéral. Toutefois, si l'on conçoit cet objet fédéral de façon plus générale — comme je crois le faire —, il demeurera difficile pour quiconque de se décharger du lourd fardeau de prouver une entrave à la réalisation de l'objet de la loi fédérale, à moins que la loi provinciale ne s'écarte de façon marquée de l'objet de la loi fédérale en question.

[119] Pour les motifs que je vais maintenant exposer, j'estime que ce lourd fardeau de preuve a été rencontré en l'espèce : il y a eu entrave à la réalisation de l'objet fédéral consistant à permettre aux créanciers garantis d'exercer un recours rapide, souple et adapté au contexte, en raison des obstacles importants que la province a délibérément mis en place sur la voie des créanciers garantis.

(5) Le rôle de la preuve extrinsèque lorsqu'il s'agit de déterminer l'objet fédéral

[120] Avant d'entamer l'analyse finale de la question de l'entrave à la réalisation d'un objet fédéral, une remarque s'impose quant au fait que mes collègues se fondent sur des éléments de preuve extrinsèques — notamment les propos tenus par certains députés fédéraux — pour appuyer leur interprétation étroite de l'objet de l'art. 243. Il n'est certainement pas nécessaire de recourir à des éléments de preuve extrinsèques. D'ailleurs, pour autant que je sache, dans ses décisions relatives à l'entrave à l'objet d'une loi fédérale, notre Cour n'a généralement pas recours à de tels éléments de preuve lorsqu'elle

of the *Tobacco Act*, S.C. 1997, c. 13, with reference simply to the “the context of the *Tobacco Act* as a whole”, including the legislation’s own statement of purpose: para. 17; see also paras. 18-21. Nor was extrinsic evidence relied on in *Mangat*, widely accepted as a foundational decision regarding the frustration of federal purpose branch of paramouncy analysis.

[121] In certain circumstances, a judicious use of extrinsic evidence of this sort may prove useful. In other cases it may risk yielding an incomplete picture. The matter before us may serve as a case in point. While the remarks cited at length by my colleagues explain what served as an impetus for legislative amendments in 2005 and 2007, they do not explain what destiny Parliament intended for the Part XI receivership remedy more generally. Even my colleagues acknowledge, with regard to Bill C-55 (i.e. the 2005 amendments), that “[t]here is little in the legislative debate surrounding [its] adoption”: para. 60.

III. Operation of Part II of the SFSA and Frustration of the Federal Purpose

[122] I will now turn to examine how the operation of Part II of the *SFSA* frustrates the underlying federal purpose of s. 243. In *A Legacy of Protection: The Saskatchewan Farm Security Act: History, Commentary & Case Law* (2009), D. H. Layh (now a justice of the Saskatchewan Court of Queen’s Bench) writes at p. 43 that

Part II of the *SFSA*, borrowing the basic premise of *The Farm Land Security Act* enacted four years earlier, made pre-action proceedings upon mortgage default so time-exhaustive, and the burden of seeking a court order prior to commencing an action so burdensome, that mortgagees would be forced to seek alternatives to court proceeding[s] to resolve mortgage defaults respecting

cherche à discerner l’objet fédéral. Ainsi, dans l’arrêt *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188, le juge Major, s’exprimant au nom de la Cour, a interprété l’objet fédéral de l’art. 30 de la *Loi sur le tabac*, L.C. 1997, c. 13, en se référant simplement au « contexte de l’ensemble de la *Loi sur le tabac* », y compris l’énoncé par le législateur de l’objet de la loi : par. 17; voir aussi par. 18-21. La Cour n’a pas non plus eu recours à des éléments de preuve extrinsèques dans l’arrêt *Mangat*, largement reconnu comme un arrêt fondamental en ce qui concerne le volet relatif à l’entrave à un objectif fédéral sous la doctrine de la prépondérance.

[121] Dans certaines circonstances, le recours à la preuve extrinsèque peut s’avérer judicieux. Dans d’autres cas, l’image obtenue par cette méthode risque d’être incomplète comme en offre peut-être un bon exemple l’affaire dont nous sommes saisis. Bien que les propos que mes collègues citent extensivement expliquent les circonstances à l’origine des modifications de 2005 et de 2007, ils n’expliquent pas quelle était l’intention générale du législateur à l’égard de la mise sous séquestre prévue à la partie XI. Même mes collègues reconnaissent qu’en ce qui concerne le projet de loi C-55 (les modifications apportées en 2005), « [son] adoption [. . .] a suscité peu de débats » : par. 60.

III. L’application de la partie II de la SFSA et l’entrave à la réalisation de l’objet de la loi fédérale

[122] Je passe maintenant à l’examen de la façon dont l’application de la partie II de la *SFSA* entrave la réalisation de l’objet de l’art. 243. Dans son ouvrage *A Legacy of Protection: The Saskatchewan Farm Security Act: History, Commentary & Case Law* (2009), D. H. Layh (maintenant juge à la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan) écrit ce qui suit, à la p. 43 :

[TRADUCTION] Dans la partie II de la *SFSA*, qui s’inspire du principe fondamental de la *Farm Land Security Act* adoptée quatre ans auparavant, le législateur a fait en sorte que les mesures prises avant l’introduction de l’instance en cas de non-paiement de prêts hypothécaires exigent une telle somme de temps, et que les démarches à accomplir pour obtenir une ordonnance du tribunal avant

farm land. And Part II rather handily provided the alternative to court proceedings: mandatory mediation with penalties for not participating in good faith.

[123] Part II of the *SFSA* operates so as to prevent a mortgagee from taking any “action”, broadly defined, in regard to a mortgaged farm before receiving leave from the court: ss. 9 and 11. Before applying for leave, the mortgagee must first serve a notice of intention on the debtor and on the Farm Land Security Board and wait, without exception, for the expiry of a 150-day period (s. 12(1)) during which time the parties are required to participate in mandatory mediation in good faith: s. 12(5) to (10). Following mediation, the Board will prepare a report in which it will assess, among other things, whether there is a reasonable possibility that the farmer will meet his or her obligations and whether the farmer is making a sincere and reasonable effort to do so: s. 12(12). Once the mortgagee is allowed to apply for leave, he or she bears the statutory burden of proving either that there is no reasonable possibility that the farmer will meet those obligations or that the farmer is not making a sincere and reasonable effort to meet them; the court must dismiss the application if this burden is not discharged: s. 18(1). Even if the burden is discharged, the court must dismiss the application if it finds that it is not just and equitable according to the purpose and spirit of the *SFSA* to make an order: s. 19. This purpose is specified in s. 4 as being “to afford protection to farmers against loss of their farm land”. Finally, if the application is dismissed, the mortgagee is prohibited from serving a further notice of intention for one year: s. 20.

[124] On the subject of the operation of Part II of the *SFSA*, I do not think the *amicus curiae* is indulging in hyperbole when he describes the provisions as

d’introduire l’action soient à ce point fastidieuses, que les créanciers hypothécaires soient contraints de trouver des solutions de rechange aux procédures judiciaires pour résoudre le remboursement de leurs prêts hypothécaires grevant des terres agricoles. Et la partie II offrait une solution extrajudiciaire plutôt pratique : une médiation obligatoire assortie de pénalités en cas de refus d’y participer de bonne foi.

[123] La partie II de la *SFSA* a pour effet d’empêcher le créancier hypothécaire d’introduire toute « action » — terme auquel elle donne une définition large — relative à une terre agricole grevée d’une hypothèque avant d’avoir obtenu l’autorisation du tribunal : art. 9 et 11. Avant de demander cette autorisation, le créancier hypothécaire doit d’abord signifier un avis d’intention au Farm Land Security Board (la « commission ») et à l’agriculteur, et doit obligatoirement attendre l’expiration d’une période de 150 jours (par. 12(1)), pendant laquelle les parties sont tenues de participer de bonne foi à un processus obligatoire de médiation : par. 12(5) à (10). À l’issue du processus de médiation, la commission prépare un rapport dans lequel elle détermine notamment s’il existe une possibilité raisonnable que l’agriculteur s’acquitte de ses obligations, et si l’agriculteur déploie des efforts sincères et raisonnables pour s’en acquitter : par. 12(12). Une fois que le créancier peut demander l’autorisation, la loi lui impose le fardeau de démontrer qu’il n’existe aucune possibilité raisonnable que l’agriculteur s’acquitte de ces obligations, ou que ce dernier ne déploie pas des efforts sincères et raisonnables pour s’acquitter de ces obligations; le tribunal doit rejeter la demande si le créancier ne s’acquitte pas de ce fardeau : par. 18(1). Même si le créancier s’acquitte de ce fardeau, le tribunal doit rejeter la demande s’il est convaincu qu’il n’est pas juste et équitable, selon l’objet et l’esprit de la *SFSA*, de rendre l’ordonnance demandée : art. 19. Cet objet de la loi est précisé comme suit à l’art. 4 : [TRADUCTION] « protéger les agriculteurs contre la perte de leurs terres agricoles ». Enfin, si la demande est rejetée, la loi interdit au créancier hypothécaire de signifier un autre avis d’intention pendant un an : art. 20.

[124] Pour ce qui est de l’application de la partie II de la *SFSA*, je ne crois pas que l’*amicus curiae* fasse usage d’hyperboles lorsqu’il qualifie les

“unapologetically pro-debtor”: factum, at para. 59. Although the purpose of the provincial legislation is not usually considered in a frustration of federal purpose analysis, in the case of the *SFSA*, its purpose — to protect farmers — is raised to the level of a substantive standard by ss. 4 and 19. In other words, the provincial legislation imposes a very different balance between the interests of debtors and creditors than the one struck by the *BIA*, even if the special considerations for farmers that are incorporated into federal law by the *FDMA* are taken into account. The question is whether the province’s legislative balance can operate swiftly in real time, in a manner consistent with the federal purpose, and thus dovetail with the federal regime. Ultimately, I conclude that it cannot.

[125] When I consider the operation of Part II of the *SFSA* alongside the purpose of s. 243 *BIA* to provide secured creditors with receivership proceedings that are timely, flexible in an emergency and sensitive to the totality of the circumstances, I cannot disregard what in my view is a patent frustration of the federal purpose. Keeping in mind that s. 243 is not exhaustive, leaving a fairly wide range of legislative action open to the provinces, I nonetheless think the disparity between the two schemes is so stark that the *SFSA* must be found to frustrate Parliament’s purpose. First, the 150-day notice period provided for in Part II of the *SFSA* far outstrips the brief 10-day period provided for in s. 243 *BIA*, or even the notice period of 15 business days in favour of farmers under s. 21 *FDMA*. Given the frenzied rush that typically characterizes insolvency proceedings, the difference between a few weeks and five months is galactic. The federal purpose of providing secured creditors with prompt recourse to a national receiver is therefore frustrated.

[126] Second, the 150-day notice period provided for in Part II of the *SFSA* is absolute, as it

dispositions en question de [TRADUCTION] « résolution favorables aux débiteurs » : mémoire, par. 59. Bien que, dans le cadre de l’analyse de l’entrave à la réalisation de l’objet fédéral, on ne tienne normalement pas compte des objectifs de la loi provinciale, dans le cas de la *SFSA*, cet objet — protéger les agriculteurs — est élevé au rang de norme fondamentale par les art. 4 et 19. En d’autres termes, la loi provinciale impose un équilibre fort différent entre les intérêts des débiteurs et des créanciers que celui que vise la *LFI*, et ce, même si l’on tient compte des facteurs spéciaux applicables à l’égard des agriculteurs que la *LMEA* vient ajouter à ceux de la loi fédérale. La question qui se pose est de savoir si la loi provinciale peut s’appliquer rapidement en temps réel et respecter l’objectif fédéral, s’imbriquant ainsi dans le régime fédéral. J’estime qu’elle ne le peut pas.

[125] Lorsque j’examine l’application de la partie II de la *SFSA* à la lumière de l’objet de l’art. 243 de la *LFI*, soit celui d’instaurer un processus de nomination d’un séquestre qui est rapide, qui s’adapte aux situations urgentes et qui tient compte de l’ensemble des circonstances, je ne puis m’empêcher de constater ce que j’estime être une entrave flagrante à la réalisation de l’objet fédéral. Compte tenu du fait que l’art. 243 n’est pas exhaustif, et qu’il laisse aux provinces la possibilité de légiférer sur un large éventail de questions, j’estime néanmoins que l’écart entre les deux régimes est à ce point marqué qu’il y a lieu de conclure que la *SFSA* entrave la réalisation de l’objet visé par le législateur fédéral. Tout d’abord, le délai d’avis de 150 jours prévu à la partie II de la *SFSA* est beaucoup plus long que le bref délai de 10 jours prévu à l’art. 243 de la *LFI*, ou même que la période d’attente de 15 jours ouvrables prévue à l’art. 21 de la *LMEA* en faveur des agriculteurs. Compte tenu de la course effrénée qui caractérise habituellement les procédures d’insolvabilité, la différence entre quelques semaines et cinq mois est abyssale. Il y a donc entrave à la réalisation de l’objet fédéral consistant à instaurer un recours rapide, efficace et souple pour obtenir la nomination d’un séquestre national.

[126] Deuxièmement, le délai de 150 jours prévu à la partie II de la *SFSA* est absolu. En aucun cas

cannot be waived or judicially terminated in any circumstances. In eliminating any possible flexibility or oversight for such a long period, Part II of the *SFSA* frustrates the federal purpose of providing a recourse that can adapt to the emergencies that are known to occur, from time to time, in insolvency cases. By contrast, s. 243 *BIA* allows for the appointment of a receiver before the expiry of the notice period if that is appropriate, and the stay of proceedings provided for in the *FDMA* can be terminated at any time or extended as necessary under ss. 13 and 14.

[127] Finally, Part II of the *SFSA* establishes a series of evidentiary hurdles that are incompatible with Parliament's intention of making the federal receivership regime an equitable, circumstance-sensitive remedy. The most problematic of these hurdles, in my view, is the burden the mortgagee must discharge of proving either that there is no reasonable possibility that the farmer will meet his or her obligations or that the farmer is not making a sincere and reasonable effort to meet those obligations: s. 18(1) *SFSA*. Given the historical roots of receivership as an equitable remedy, imposing a high burden of proof on a creditor is far from compatible with the purposes and the effective operation of s. 243 *BIA*. Additionally, even if this burden is discharged, a judge must still be satisfied that granting a receivership order will be "just and equitable according to the purpose and spirit" of the *SFSA*: s. 19. It is specified in the *SFSA* that this purpose is to protect against the loss of farmland: s. 4. I would add that there are no such hurdles in the *FDMA*. The net effect is clearly to frustrate Parliament's purpose, namely that an application by a mortgagee for a national receiver be decided by a court on an equitable basis, in a manner that is sensitive to the circumstances.

l'agriculteur ne peut y renoncer, ni le tribunal le raccourcir. En supprimant toute possibilité de souplesse ou de surveillance pour une période aussi longue, la partie II de la *SFSA* entrave la réalisation de l'objet fédéral consistant à offrir un recours susceptible de s'adapter aux situations urgentes qui, on le sait, surviennent à l'occasion dans les affaires d'insolvabilité. Par contre, l'art. 243 de la *LFI* permet la nomination d'un séquestre avant l'expiration du préavis de 10 jours, si une telle mesure est indiquée, et aux termes des art. 13 et 14 de la *LMEA*, la suspension des procédures prévue à cette loi peut être révoquée en tout temps ou être prolongée au besoin.

[127] Enfin, la partie II de la *SFSA* crée au niveau de la preuve une série d'obstacles incompatibles avec l'intention du législateur fédéral de faire du régime de nomination d'un séquestre national un recours équitable qui tienne compte des différentes circonstances. L'obstacle le plus problématique, à mon avis, est le fardeau imposé au créancier hypothécaire qui doit démontrer soit qu'il n'existe aucune possibilité raisonnable que l'agriculteur s'acquitte de ses obligations, soit que ce dernier ne déploie pas des efforts sincères et raisonnables pour s'acquitter de ses obligations : par. 18(1) de la *SFSA*. Compte tenu du fait qu'historiquement la mise sous séquestre était un remède en equity, le fait d'imposer au créancier un fardeau de preuve aussi lourd détonne singulièrement avec les objectifs et l'application efficace de l'art. 243 de la *LFI*. Qui plus est, même si le créancier s'acquitte de ce fardeau, un juge doit encore être convaincu que le fait de prononcer l'ordonnance de mise sous séquestre constituera une mesure [TRADUCTION] « juste et équitable selon l'objet et l'esprit » de la *SFSA* : art. 19. La *SFSA* précise que cela a pour objet de protéger les agriculteurs contre la perte de leurs terres agricoles : art. 4. Je tiens à ajouter qu'on ne trouve pas d'obstacles de ce genre dans la *LMEA*. L'effet produit est manifestement d'entraver la réalisation de l'objet fédéral qui consiste à faire en sorte que les demandes présentées par des créanciers en vue de la nomination d'un séquestre national soient tranchées par un tribunal en se fondant sur l'équité et en tenant compte des circonstances.

[128] I stress that in my view none of these factors is, on its own, determinative of the issue. Taking the operation of Part II of the *SFSA* as a whole, however, it is clear to me that the provincial legislation cannot operate in real time, and is in fact intended to hinder the timely appointment of a receiver over mortgaged farmland. It is therefore clear that Part II of the *SFSA* frustrates the purpose of s. 243 *BIA*, thereby triggering the application of the doctrine of federal paramountcy.

IV. Disposition

[129] I thus conclude that the operation of Part II of the *SFSA* frustrates the purpose of s. 243 *BIA*. I would therefore declare that Part II of the *SFSA* is inoperative to the extent of its conflict with the federal receivership scheme.

Judgment accordingly, CÔTÉ J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

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, Victoria.

Solicitors appointed by the Court as amicus curiae: MacPherson Leslie & Tyerman, Saskatoon.

[128] Je tiens à souligner que je ne considère aucun de ces facteurs, pris individuellement, comme déterminant pour trancher la question. Toutefois, considérant globalement l'application de la partie II de la *SFSA*, il m'apparaît évident que la loi provinciale ne peut s'appliquer en temps réel et qu'elle est en fait conçue pour décourager la nomination en temps opportun d'un séquestre sur des terres agricoles grevées d'une hypothèque. Il est en conséquence évident que la partie II de la *SFSA* entrave la réalisation de l'objet de l'art. 243 de la *LFI*, et la doctrine de la prépondérance fédérale doit donc s'appliquer.

IV. Dispositif

[129] Je conclus donc que l'application de la partie II de la *SFSA* entrave la réalisation de l'objet de l'art. 243 de la *LFI*. Je suis donc d'avis de déclarer la partie II de la *SFSA* inopérante dans la mesure où elle est incompatible avec le régime fédéral de mise sous séquestre prévu à l'art. 243 de la *LFI*.

Jugement en conséquence, la juge CÔTÉ est dissidente.

Procureur de l'appelant : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

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, Victoria.

Procureurs nommés par la Cour en qualité d'amicus curiae : MacPherson Leslie & Tyerman, Saskatoon.

Andelina Kristina Hecimovic *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. HECIMOVIC

2015 SCC 54

File No.: 36260.

2015: November 13.

Present: Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Dangerous operation of motor vehicle — Elements of offence — Mens rea — Trial judge ordering acquittal of accused on two counts of dangerous driving causing death on grounds that mens rea element of offence had not been proven beyond reasonable doubt — Trial judge did not properly consider accused's conduct in light of all relevant evidence in order to determine whether it was marked departure from requisite standard of care.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Tysoe, Garson and Willcock JJ.A.), 2014 BCCA 483, 364 B.C.A.C. 144, 317 C.C.C. (3d) 503, 72 M.V.R. (6th) 58, 625 W.A.C. 144, [2014] B.C.J. No. 3066 (QL), 2014 CarswellBC 3723 (WL Can.), setting aside the acquittal entered by Gropper J., 2013 BCSC 1865, 53 M.V.R. (6th) 60, [2013] B.C.J. No. 2243 (QL), 2013 CarswellBC 3081 (WL Can.), and ordering a new trial. Appeal dismissed, Moldaver and Karakatsanis JJ. dissenting.

Jeffrey Ray, Dimitri Kontou and Roger Thirkell, for the appellant.

Frederick G. Tischler, for the respondent.

Andelina Kristina Hecimovic *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. HECIMOVIC

2015 CSC 54

N° du greffe : 36260.

2015 : 13 novembre.

Présents : Les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Brown.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel — Conduite dangereuse — Éléments de l'infraction — Mens rea — Accusée acquittée par le juge du procès de deux chefs de conduite dangereuse ayant causé la mort au motif que l'élément de l'infraction constituant la mens rea n'avait pas été prouvé hors de tout doute raisonnable — Absence d'examen adéquat par le juge du procès du comportement de l'accusée eu égard à l'ensemble de la preuve pertinente afin de déterminer si ce comportement constituait un écart marqué par rapport à la norme de diligence requise.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Tysoe, Garson et Willcock), 2014 BCCA 483, 364 B.C.A.C. 144, 317 C.C.C. (3d) 503, 72 M.V.R. (6th) 58, 625 W.A.C. 144, [2014] B.C.J. No. 3066 (QL), 2014 CarswellBC 3723 (WL Can.), qui a écarté les acquittements prononcés par la juge Gropper, 2013 BCSC 1865, 53 M.V.R. (6th) 60, [2013] B.C.J. No. 2243 (QL), 2013 CarswellBC 3081 (WL Can.), et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges Moldaver et Karakatsanis sont dissidents.

Jeffrey Ray, Dimitri Kontou et Roger Thirkell, pour l'appelante.

Frederick G. Tischler, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] ABELLA J. — The majority is of the view that the appeal should be dismissed substantially for the reasons of Willcock J.A.

[2] Justices Moldaver and Karakatsanis would allow the appeal substantially for the reasons of Tysoe J.A.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Kontou Law Corporation, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE ABELLA — Les juges de la majorité sont d'avis de rejeter le pourvoi, essentiellement pour les motifs du juge d'appel Willcock.

[2] Les juges Moldaver et Karakatsanis accueilleraient le pourvoi, fondamentalement pour les motifs exposés par le juge d'appel Tysoe.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante : Kontou Law Corporation, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Second Lieutenant Moriarity *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Private M.B.A. Hannah *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

Private Alexandra Vezina *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

Sergeant Damien Arsenault *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MORIARITY

2015 SCC 55

File Nos.: 35755, 35873, 35946.

2015: May 12; 2015: November 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT MARTIAL
APPEAL COURT OF CANADA

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Overbreadth — Armed forces — Military offences — National Defence Act permitting federal offences to be prosecuted within military justice system in relation to everyone subject to Code of Service Discipline

Sous-lieutenant Moriarity *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Soldat M.B.A. Hannah *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

Soldate Alexandra Vezina *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

Sergent Damien Arsenault *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. MORIARITY

2015 CSC 55

N^{os} du greffe : 35755, 35873, 35946.

2015 : 12 mai; 2015 : 19 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COUR
MARTIALE DU CANADA

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Portée excessive — Forces armées — Infractions militaires — La Loi sur la défense nationale permet d'engager dans le cadre du système de justice militaire des poursuites visant des infractions fédérales

regardless of circumstances in which offences were committed — Whether provisions of National Defence Act at issue broader than necessary to achieve their purpose in violation of s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 130(1)(a), 117(f).

The appeals relate to offences committed by members of the armed forces subject to the Code of Service Discipline (“CSD”) set forth under Part III of the *National Defence Act* (“NDA”). Section 130(1)(a) of the NDA creates a service offence of committing a federal offence punishable under Part VII of the NDA, the *Criminal Code* or any other Act of Parliament. Section 117(f) of the NDA creates a service offence of committing any act of a fraudulent nature. The four accused were convicted of offences punishable under the *Criminal Code* and/or the *Controlled Drugs and Substances Act* which are service offences by virtue of s. 130(1)(a) of the NDA. Section 117(f) is relevant only to the case of A who was found guilty of fraud contrary to ss. 130(1)(a) and 125(a) of the NDA. All the accused except V argued at first instance that s. 130(1)(a) was broader than necessary to achieve its purpose and hence violated s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In each case, the military judge held that this provision was constitutional.

M and H appealed unsuccessfully to the Court Martial Appeal Court (“CMAC”), which held that, properly interpreted as requiring a military nexus, s. 130(1)(a) is not overbroad. V also raised the s. 7 overbreadth argument before the CMAC but the argument was dismissed based on the ruling regarding M and H. On appeal to the CMAC, A also argued that s. 130(1)(a) violates s. 7. In addition, he raised a similar argument with respect to s. 117(f) of the NDA. The CMAC unanimously rejected the s. 7 argument holding that the ruling regarding M and H was binding precedent with respect to s. 130(1)(a) and that the challenge to s. 117(f) was moot.

The four accused appeal to this Court raising the issue of whether ss. 130(1)(a) and 117(f) of the NDA infringe

contre quiconque est assujéti au code de discipline militaire sans égard aux circonstances de la perpétration de ces infractions — Les dispositions litigieuses de la Loi sur la défense nationale ont-elles une portée excessive par rapport à ce qui est nécessaire à la réalisation de leur objet et violent-elles l’art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l’affirmative, est-ce que cette violation est justifiable suivant l’article premier de la Charte? — Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, c. N-5, art. 130(1)a, 117f).

Les pourvois se rapportent à des infractions commises par des membres des forces armées assujéti au code de discipline militaire (« CDM ») qui figure à la partie III de la *Loi sur la défense nationale* (« LDN »). Selon l’alinéa 130(1)a, constitue une infraction d’ordre militaire le fait de commettre une infraction fédérale punissable sous le régime de la partie VII de la LDN, du *Code criminel* ou de toute autre loi fédérale. L’alinéa 117f) de la LDN précise que commet une infraction d’ordre militaire quiconque commet un acte de caractère frauduleux. Les quatre accusés ont été déclarés coupables d’infractions punissables sous le régime du *Code criminel*, de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, ou des deux, infractions qui constituent des infractions d’ordre militaire par l’effet de l’al. 130(1)a de la LDN. L’alinéa 117f) n’a de pertinence que dans l’affaire de A, qui a été déclaré coupable de fraude en vertu de l’al. 130(1)a et de l’al. 125a) de la LDN. Tous les accusés, à l’exception de V, ont soutenu en première instance que l’al. 130(1)a a une portée excessive par rapport à ce qui est nécessaire à la réalisation de son objet et viole de ce fait l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans chaque cas, le juge militaire a conclu à la constitutionnalité de cet alinéa.

M et H ont fait appel sans succès à la Cour d’appel de la cour martiale (« CACM »), laquelle a jugé que, interprété adéquatement — c’est-à-dire comme une disposition requérant l’existence d’un lien militaire —, l’al. 130(1)a n’a pas une portée excessive. V a elle aussi soulevé devant la CACM l’argument de la portée excessive fondé sur l’art. 7, mais la cour a rejeté cet argument en s’appuyant sur sa décision concernant M et H. En appel devant la CACM, A a lui aussi fait valoir que l’al. 130(1)a viole l’art. 7. Il a en outre soulevé un argument similaire à l’égard de l’al. 117f) de la LDN. La CACM a rejeté à l’unanimité l’argument fondé sur l’art. 7, concluant que la décision relative à M et à H constituait un précédent ayant force obligatoire à l’égard de l’al. 130(1)a et que la contestation visant l’al. 117f) avait un caractère théorique.

Les quatre accusés se pourvoient maintenant devant notre Cour et lui demandent de décider si les al. 130(1)a

s. 7 of the *Charter* because they create service offences that do not directly pertain to military discipline, efficiency and morale, and thus are overbroad.

Held: The appeals should be dismissed.

Both ss. 130(1)(a) and 117(f) of the *NDA* engage the liberty interest of individuals subject to the CSD. Therefore, in order for these provisions to comply with s. 7 of the *Charter*, this deprivation of liberty must be done in accordance with the principles of fundamental justice, namely the principle against overbroad laws.

At the outset of an overbreadth analysis, it is critically important to identify the law's purpose and effects because overbreadth is concerned with whether there is a disconnect between the two. With respect to both purpose and effects, the focus is on the challenged provision, understood within the context of the legislative scheme of which it forms a part.

The objective of the challenged provision may be more difficult to identify and articulate than its effects. The objective is identified by an analysis of the provision in its full context. In general, the articulation of the objective should focus on the ends of the legislation rather than on its means, be at an appropriate level of generality and capture the main thrust of the law in precise and succinct terms. An unduly broad statement of purpose will almost always lead to a finding that the provision is not overbroad, while an unduly narrow statement of purpose will almost always lead to a finding of overbreadth. Moreover, the overbreadth analysis does not evaluate the appropriateness of the objective. Rather, it assumes a legislative objective that is appropriate and lawful.

Here, Parliament's objective in creating the military justice system was to provide processes that would assure the maintenance of discipline, efficiency and morale of the military. That objective, for the purposes of the overbreadth analysis, should not be understood as being restricted to providing for the prosecution of offences which have a direct link to those values. The challenged provisions are broad laws which have to be understood as furthering the purpose of the system of military justice. Both s. 130(1)(a) and s. 117(f)'s purpose is to maintain discipline, efficiency and morale in the military. The real question is whether there is a rational connection

et 117f) de la *LDN* portent atteinte à l'art. 7 de la *Charte*, au motif qu'ils créent des infractions d'ordre militaire ne touchant pas directement à la discipline, à l'efficacité et au moral des troupes et qu'ils ont en conséquence une portée excessive.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

Tant l'al. 130(1)a) que l'al. 117f) de la *LDN* mettent en jeu le droit à la liberté des personnes assujetties au CDM. En conséquence, pour que ces dispositions respectent l'art. 7 de la *Charte*, la privation de liberté découlant de leur application doit être imposée conformément aux principes de justice fondamentale, plus précisément le principe interdisant les lois de portée excessive.

Il est primordial, au début de l'analyse de la portée excessive, de dégager l'objet et les effets de la règle de droit, car c'est l'absence ou non de lien entre les deux qui permet de déterminer s'il y a portée excessive. Autant pour ce qui est de l'objet que pour ce qui est des effets, l'accent est mis sur la disposition contestée, interprétée dans le contexte du régime législatif dont elle fait partie.

Il peut arriver que l'objectif de la disposition contestée soit plus difficile à cerner et à formuler que les effets de cette disposition. Cet objectif est déterminé par une analyse du contexte global de la disposition. En général, la formulation de l'objectif devrait s'attacher aux fins visées par la loi plutôt qu'aux moyens choisis pour les réaliser, et elle devrait présenter un niveau approprié de généralité et énoncer l'idée maîtresse du texte de loi en termes précis et succincts. Un énoncé trop large de l'objet mènera presque toujours à la conclusion que la disposition n'a pas une portée excessive, alors qu'une formulation trop restrictive de l'objet mènera presque toujours à la conclusion inverse. Qui plus est, l'analyse de la portée excessive ne s'intéresse pas au caractère approprié de l'objectif. Elle suppose plutôt que l'objectif d'une règle de droit est approprié et légitime.

En l'espèce, en créant le système de justice militaire, le législateur avait pour objectif d'établir des processus visant à assurer le maintien de la discipline, de l'efficacité et du moral des troupes. Il ne faut pas, pour les besoins de l'analyse de la portée excessive, considérer que cet objectif se limite à permettre la poursuite des infractions ayant un lien direct avec ces valeurs. Les dispositions contestées sont des dispositions générales et il faut les voir comme des mesures favorisant la réalisation de l'objet du système de justice militaire. Les alinéas 130(1)a) et 117f) ont tous deux pour objet le maintien de la discipline, de l'efficacité et du moral des troupes. La véritable

between that purpose and the effects of the challenged provisions.

The challenged provisions make it an offence to engage in conduct prohibited under an underlying federal offence and to engage in fraudulent conduct. Those offences apply regardless of the circumstances of the commission of the offence and their effect is to subject those who have committed these offences to the jurisdiction of service tribunals. It cannot be said that the fact that these offences apply in instances where the only military connection is the status of the accused is not rationally connected to the purpose of the challenged provisions. To conclude otherwise implies too narrow a view of the meaning of “discipline, efficiency and morale” and of how the effects of the provisions are connected to that purpose. The objective of maintaining “discipline, efficiency and morale” is rationally connected to dealing with criminal actions committed by members of the military even when not occurring in military circumstances. The behaviour of members of the military relates to discipline, efficiency and morale even when they are not on duty, in uniform, or on a military base.

It follows that the prosecution under military law of members of the military engaging in the full range of conduct covered by ss. 130(1)(a) and 117(f) is rationally connected to the maintenance of discipline, efficiency and morale regardless of the circumstances of the commission of the offence. The challenged provisions are therefore not overbroad.

The question of the scope of Parliament’s authority to legislate in relation to “Militia, Military and Naval Service, and Defence” under s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867* and the scope of the exemption of military law from the right to a jury trial guaranteed by s. 11(f) of the *Charter* are not before the Court in these appeals.

Cases Cited

Considered: *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; **referred to:** *R. v. Trépanier*, 2008 CMAC 3, 232 C.C.C. (3d) 498; *R. v. St-Jean*, 2000 CanLII 29663; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Ward v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *R. v. Khawaja*, 2012 SCC 69, [2012] 3 S.C.R.

question consiste à se demander s’il existe un lien rationnel entre cet objet et les effets des dispositions contestées.

Les dispositions contestées érigent en infraction le fait de commettre soit des actes prohibés par des infractions fédérales sous-jacentes soit des actes de caractère frauduleux. Ces dispositions s’appliquent sans égard aux circonstances de la perpétration des infractions reprochées et elles ont pour effet d’assujettir les auteurs de ces infractions à la compétence des tribunaux militaires. On ne saurait affirmer que le fait que ces dispositions s’appliquent dans des situations où le seul lien de connexité avec le service militaire est le statut de l’accusé n’est pas rationnellement lié à l’objet des dispositions contestées. La conclusion inverse implique une conception trop étroite des termes « discipline, efficacité et moral » et du lien entre cet objet et les effets des dispositions. L’objectif consistant à maintenir la « discipline, l’efficacité et le moral » est rationnellement lié au traitement des comportements criminels auxquels se livrent des militaires, même en dehors d’un contexte militaire. Le comportement des militaires touche à la discipline, à l’efficacité et au moral des troupes, même lorsque ces personnes ne sont pas de service, en uniforme ou dans une base militaire.

Il s’ensuit que le fait de poursuivre, en vertu du droit militaire, des militaires qui se livrent aux différents comportements visés à l’al. 130(1)(a) et à l’al. 117(f) est rationnellement lié au maintien de la discipline, de l’efficacité et du moral des troupes, indépendamment des circonstances de la perpétration des infractions reprochées. Les dispositions contestées n’ont donc pas une portée excessive.

La question de l’étendue de la compétence fédérale sur « [l]a milice, le service militaire et le service naval, et la défense du pays » prévue au par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ainsi que la question de la portée de l’exemption d’application du droit à un procès avec jury garanti à l’al. 11(f) de la *Charte* en droit militaire ne se soulèvent pas dans les présents pourvois.

Jurisprudence

Arrêt examiné : *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; **arrêts mentionnés :** *R. c. Trépanier*, 2008 CACM 3; *R. c. St-Jean*, 2000 CanLII 29663; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Ward c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *R. c. Khawaja*, 2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S.

555; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *Ionson v. The Queen* (1987), 4 C.M.A.R. 433, aff'd [1989] 2 S.C.R. 1073; *MacEachern v. The Queen* (1985), 4 C.M.A.R. 447; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(f).
Constitution Act, 1867, s. 91(7).
Constitution Act, 1982, s. 52.
Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.
National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, Part III, "Code of Service Discipline", ss. 60, 61, 66, 70, 73 to 128, 92 to 98, 114, 117(f), 125(a), 130(1)(a), (2), Part VII.

Authors Cited

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

APPEALS from a judgment of the Court Martial Appeal Court of Canada (Blanchard C.J. and Weiler and Dawson J.J.A.), 2014 CMAC 1, 455 N.R. 59, 299 C.R.R. (2d) 224, [2014] C.M.A.J. No. 1 (QL), 2014 CarswellNat 868 (WL Can.), affirming a decision of d'Auteuil M.J., 2012 CM 3017, 2012 CarswellNat 5728 (WL Can.), and a decision of Lamont M.J., 2013 CM 2011, 2013 CarswellNat 1720 (WL Can.). Appeals dismissed.

APPEAL from a judgment of the Court Martial Appeal Court of Canada (Ewaschuk, Stratas and Rennie J.J.A.), 2014 CMAC 3, 461 N.R. 286, [2014] C.M.A.J. No. 3 (QL), 2014 CarswellNat 869 (WL Can.), affirming decisions of d'Auteuil M.J., 2013 CM 3013, 2013 CarswellNat 5003 (WL Can.), and 2013 CM 3014, 2013 CarswellNat 5004 (WL Can.). Appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the Court Martial Appeal Court of Canada (Cournoyer, Vincent and Scott J.J.A.), 2014 CMAC 8, 466 N.R. 2, [2014] C.M.A.J. No. 8 (QL), 2014 CarswellNat 5167 (WL Can.), affirming decisions of Perron M.J., 2013 CM 4005, 2013 CarswellNat 3230 (WL Can.), and 2013 CM 4006, 2013 CarswellNat 3986 (WL Can.). Appeal dismissed.

555; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *Ionson c. La Reine* (1987), 4 C.A.C.M. 433, conf. par [1989] 2 R.C.S. 1073; *MacEachern c. La Reine* (1985), 4 C.A.C.M. 447; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11f).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(7).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, c. 19.
Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, c. N-5, partie III, « Code de discipline militaire », art. 60, 61, 66, 70, 73 à 128, 92 à 98, 114, 117f), 125a), 130(1)a), (2), partie VII.

Doctrine et autres documents cités

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la cour martiale du Canada (le juge en chef Blanchard et les juges Weiler et Dawson), 2014 CACM 1, 455 N.R. 59, 299 C.R.R. (2d) 224, [2014] A.C.A.C. n° 1 (QL), 2014 CarswellNat 3525 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge militaire d'Auteuil, 2012 CM 3017, 2012 CarswellNat 5814 (WL Can.), ainsi qu'une décision du juge militaire Lamont, 2013 CM 2011, 2013 CarswellNat 2735 (WL Can.). Pourvois rejetés.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la cour martiale du Canada (les juges Ewaschuk, Stratas et Rennie), 2014 CACM 3, 461 N.R. 286, [2014] A.C.A.C. n° 3 (QL), 2014 CarswellNat 3526 (WL Can.), qui a confirmé des décisions du juge militaire d'Auteuil, 2013 CM 3013, 2013 CarswellNat 5562 (WL Can.), et 2013 CM 3014, 2013 CarswellNat 5544 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la cour martiale du Canada (les juges Cournoyer, Vincent et Scott), 2014 CACM 8, 466 N.R. 2, [2014] A.C.A.C. n° 8 (QL), 2014 CarswellNat 3535 (WL Can.), qui a confirmé des décisions du juge militaire Perron, 2013 CM 4005, 2013 CarswellNat 3230 (WL Can.), et 2013 CM 4006, 2013 CarswellNat 3231 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Mark Létourneau, Jean-Bruno Cloutier and Delano K. Fullerton, for the appellants.

Steven D. Richards and Bruce W. MacGregor, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] Certain provisions of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5 (“*NDA*”), permit nearly every federal offence to be prosecuted within the military justice system. The appellants contend that this extends the reach of military justice too broadly because these provisions restrict liberty in a manner that is not connected to their purpose. This, they submit, makes the provisions overbroad and therefore contrary to s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[2] In my view, the appellants’ contention fails because these provisions are not overbroad. A law is overbroad when there is no rational connection between the purpose of the law and some of its effects. The touchstones of the analysis are, therefore, the objective of the law and whether its effects are connected to that objective. Properly understood, the challenged provisions have a broader purpose than that identified by the appellants and they have failed to show that the law’s effects are not rationally connected to that broader purpose. Their claim of overbreadth fails as a result.

[3] The appellants further submit that reading in a military nexus requirement, as did the Court Martial Appeal Court (“*CMAC*”), does not constitute an appropriate remedy under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* because doing so does not

Mark Létourneau, Jean-Bruno Cloutier et Delano K. Fullerton, pour les appelants.

Steven D. Richards et Bruce W. MacGregor, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[1] En vertu de certaines dispositions de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, c. N-5 (« *LDN* »), presque toute infraction fédérale peut faire l’objet de poursuites dans le cadre du système de justice militaire. Les appelants soutiennent que cela a pour effet d’élargir de façon excessive le champ d’application de la justice militaire, parce que ces dispositions restreignent le droit à la liberté d’une manière qui est sans lien avec leur objet. En conséquence, prétendent-ils, ces dispositions ont une portée excessive et contreviennent de ce fait à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[2] À mon avis, cette prétention ne saurait être retenue, puisque les dispositions en question n’ont pas une portée excessive. Une règle de droit a une portée excessive s’il n’existe aucun lien rationnel entre son objet et certains de ses effets. L’objectif de la règle de droit et la question de savoir si les effets de cette règle ont un lien avec cet objectif constituent donc les critères de base de l’analyse. Suivant l’interprétation qu’il convient de leur donner, les dispositions contestées visent un objet plus large que celui décrit par les appelants, et ceux-ci n’ont pas démontré que les effets de ces dispositions ne présentent aucun lien rationnel avec cet objet. Il s’ensuit que leur argument fondé sur la portée excessive des dispositions doit être rejeté.

[3] Les appelants soutiennent également que le fait d’inclure par voie d’interprétation extensive l’obligation d’établir l’existence d’un lien de connexité avec le service militaire (notion parfois appelée aussi « lien avec le service militaire » ou « lien militaire »),

make the challenged provisions constitutional in all their dimensions: A.F. (Moriarity, Hannah and Vezina), at para. 44; A.F. (Arsenault), at para. 57. These submissions go to remedy in the event that the provisions are found unconstitutionally overbroad. Because I conclude that the provisions are not overbroad, I do not need to address these remedial submissions. I underline that the s. 52 analysis is concerned with determining the appropriate remedy in order to address the previously found constitutional violation. It cannot be used in effect to launch novel constitutional arguments that are not properly before the court.

[4] I would dismiss the appeals.

II. Facts and Judicial History

[5] The focus of the appeals is ss. 130(1)(a) and 117(f) of the *NDA*. Section 130(1)(a) makes offences punishable under Part VII of the *NDA*, the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, or any other Act of Parliament (what I will call the underlying federal offences) service offences which may be prosecuted within the military justice system. Section 117(f) creates a service offence of committing any act of a fraudulent nature. It is worth pausing here to review these provisions because the appellants' overbreadth analysis turns on their purpose and effects.

[6] Section 130(1)(a) provides as follows:

130. (1) An act or omission

(a) that takes place in Canada and is punishable under Part VII, the *Criminal Code* or any other Act of Parliament . . .

comme l'a fait la Cour d'appel de la cour martiale (« CACM »), ne constitue pas en l'espèce une réparation convenable pour l'application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, parce qu'une telle mesure ne permet pas de valider constitutionnellement les dispositions contestées dans toutes leurs dimensions (m.a. (Moriarity, Hannah et Vezina), par. 44; m.a. (Arsenault), par. 57). Ces arguments des appelants portent sur la réparation à accorder si les dispositions sont jugées inconstitutionnelles pour cause de portée excessive. Comme je conclus que ces dispositions n'ont pas une telle portée, il n'est pas nécessaire que j'examine les arguments en question. Je souligne que l'analyse fondée sur l'art. 52 vise à permettre aux tribunaux de déterminer les réparations convenables à l'égard des violations de la Constitution qu'ils constatent. Cette analyse ne saurait être l'occasion de soulever de nouveaux arguments d'ordre constitutionnel dont le tribunal n'a pas été régulièrement saisi.

[4] Je suis d'avis de rejeter les pourvois.

II. Faits et historique judiciaire

[5] Les présents pourvois portent sur les al. 130(1) a) et 117f) de la *LDN*. Selon l'alinéa 130(1)a), constituent des infractions d'ordre militaire pouvant être poursuivies dans le cadre du système de justice militaire, les infractions (que j'appellerai infractions fédérales sous-jacentes) punissables sous le régime de la partie VII de la *LDN*, du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, ou de toute autre loi fédérale. L'alinéa 117f) précise que commet une infraction d'ordre militaire quiconque commet un acte de caractère frauduleux. Il convient ici d'examiner ces dispositions, parce que c'est sur leur objet et leurs effets que repose l'analyse de la portée excessive proposée par les appelants.

[6] L'alinéa 130(1)a) dispose :

130. (1) Constitue une infraction à la présente section tout acte ou omission :

a) survenu au Canada et punissable sous le régime de la partie VII de la présente loi, du *Code criminel* ou de toute autre loi fédérale;

is an offence under this Division and every person convicted thereof is liable to suffer punishment as provided in subsection (2).

[7] Section 130(1)(a) creates an offence under the Code of Service Discipline (“CSD”, set forth under Part III of the *NDA*) out of the underlying federal offences (what I will refer to interchangeably as a CSD or service offence), over which service tribunals have jurisdiction. It does so through incorporating by reference the underlying federal offences. The essential elements of the underlying federal offences remain the same, and the *NDA* provides that the pleas of *autrefois acquit* and *autrefois convict* are available in order to avoid double jeopardy under both the CSD and the federal offence: s. 66.

[8] The effect of s. 130(1)(a) is to extend the jurisdiction of service tribunals in relation to all underlying federal offences to everyone subject to the CSD: see *NDA*, ss. 60 and 61. There is no explicit limitation in the text of s. 130(1)(a) to the effect that the offence must have been committed in a military context; it transforms the underlying offence into a service offence “irrespective of its nature and the circumstances of its commission”: *R. v. Trépanier*, 2008 CMAC 3, 232 C.C.C. (3d) 498, at para. 27; see also *R. v. St-Jean*, 2000 CanLII 29663 (C.M.A.C.), at para. 38. I note that the only federal offences that are not incorporated in the CSD are murder, manslaughter, and offences relating to child abduction: *NDA*, s. 70.

[9] Section 117(f) makes it a CSD offence to commit “any act of a fraudulent nature not particularly specified in sections 73 to 128 [of the *NDA*]”. This offence is punishable by imprisonment for less than two years or a lesser punishment. Little has been said about the scope and effect of this provision and how it can be distinguished from fraudulent acts

Quiconque en est déclaré coupable encourt la peine prévue au paragraphe (2).

[7] L’alinéa 130(1)a érige en infractions visées par le code de discipline militaire (« CDM », qui figure à la partie III de la *LDN*) les infractions fédérales sous-jacentes (que je vais appeler de façon interchangeable infractions au CDM ou infractions d’ordre militaire), infractions à l’égard desquelles les tribunaux militaires ont compétence. Il le fait en incorporant par renvoi les infractions fédérales sous-jacentes. Les éléments essentiels des infractions fédérales sous-jacentes demeurent les mêmes, et la *LDN* autorise le recours aux plaidoyers d’*autrefois acquit* et d’*autrefois convict* (ou l’exception de la chose jugée) pour prévenir le double péril que représenterait le fait d’être poursuivi tant sur la base de l’infraction au CDM que sur la base de l’infraction fédérale (art. 66).

[8] L’alinéa 130(1)a a pour effet d’étendre la compétence dont jouissent les tribunaux militaires à l’égard des infractions fédérales sous-jacentes à quiconque est assujéti au CDM (voir la *LDN*, art. 60 et 61). Le texte de l’al. 130(1)a ne contient aucune restriction exigeant explicitement que l’infraction ait été commise dans un contexte militaire; il transforme l’infraction sous-jacente en infraction d’ordre militaire « sans égard à la nature et aux circonstances de perpétration de l’infraction » (*R. c. Trépanier*, 2008 CACM 3, par. 27 (CanLII); voir aussi *R. c. St-Jean*, 2000 CanLII 29663 (C.A.C.M.), par. 38). Je signale que les seules infractions fédérales qui ne sont pas incorporées dans le CDM sont le meurtre, l’homicide involontaire coupable et les infractions relatives à l’enlèvement d’enfant (*LDN*, art. 70).

[9] L’alinéa 117f érige en infraction au CDM le fait de commettre « un acte de caractère frauduleux non expressément visé aux articles 73 à 128 [de la *LDN*] ». La peine maximale applicable à l’égard de cette infraction est un emprisonnement de deux ans. Peu de choses ont été dites sur la portée et l’effet de cette disposition, et sur la façon dont l’acte en

already prohibited under the CSD or other federal laws.

[10] That brings me to the prosecutions against the four appellants. They were convicted by military judges of offences punishable under the CSD. Their convictions relate to offences under the *Criminal Code* and/or the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, which, as just described, are service offences by virtue of s. 130(1)(a) of the *NDA*. Section 117(f) is relevant only to the case of Sergeant Arsenault. He was found guilty of fraud contrary to ss. 130(1)(a) and 125(a) of the *NDA* for wilfully making a false statement in an official document signed by him. He was also charged with two counts under s. 117(f) of the *NDA* for having committed fraudulent acts not specified in ss. 73 to 128 of the *NDA*. The latter counts were alternative charges and, in light of the convictions entered, were conditionally stayed by the military judge.

[11] All the appellants except Private Vezina argued at first instance that s. 130(1)(a) violated s. 7 of the *Charter*. In each case, the military judge held that this provision was constitutional.

[12] Second Lieutenant Moriarity and Private Hannah appealed unsuccessfully to the CMAC: 2014 CMAC 1, 455 N.R. 59 (“*Moriarity*”). On behalf of the court, Blanchard C.J. held that s. 130(1)(a) engages the liberty interest. In his view the purpose of s. 130(1)(a) and of the CSD as a whole is to allow the military justice system to deal with matters that pertain directly to discipline, efficiency and morale of the military. When read in isolation, the scope of s. 130(1)(a), in his view, appears to be very broad and could potentially violate s. 7 by including offences that fall outside its purpose. However, in his view, s. 130(1)(a) has to be interpreted as being limited by a military nexus requirement to ensure that military courts do not have authority over public

question se distingue des actes frauduleux déjà interdits par le CDM ou par d’autres lois fédérales.

[10] Ce qui m’amène aux poursuites intentées contre les quatre appelants. Des juges militaires les ont reconnus coupables d’infractions punissables sous le régime du CDM. Les déclarations de culpabilité sont liées à des infractions prévues par le *Code criminel*, par la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19, ou par les deux, des infractions qui, comme nous venons de l’expliquer, constituent des infractions d’ordre militaire par l’effet de l’al. 130(1)a de la *LDN*. L’alinéa 117f) n’a de pertinence que dans l’affaire du sergent Arsenault, qui a été déclaré coupable de fraude en vertu de l’al. 130(1)a et de l’al. 125a) de la *LDN* pour avoir fait volontairement une fausse déclaration dans un document officiel signé de sa main. Il a également été accusé de deux chefs, fondés sur l’al. 117f) de la *LDN*, lui reprochant d’avoir commis des actes de caractère frauduleux non expressément visés aux art. 73 à 128 de la *LDN*. Ces deux derniers chefs avaient un caractère subsidiaire et, vu les déclarations de culpabilité prononcées, le juge militaire les a suspendus sous condition.

[11] Tous les appelants, à l’exception de la soldate Vezina, ont soutenu en première instance que l’al. 130(1)a violait l’art. 7 de la *Charte*. Dans chaque cas, le juge militaire a conclu à la constitutionnalité de cet alinéa.

[12] Le sous-lieutenant Moriarity et le soldat Hannah ont fait appel sans succès à la CACM (2014 CACM 1 (« *Moriarity* »)). S’exprimant au nom de la cour, le juge en chef Blanchard a conclu que l’al. 130(1)a met en jeu le droit à la liberté. À son avis, l’al. 130(1)a et le CDM dans son ensemble ont pour objet de permettre au système de justice militaire de s’occuper des questions qui touchent directement à la discipline, à l’efficacité et au moral des troupes. Interprété isolément, l’al. 130(1)a semble avoir, de l’avis du juge en chef Blanchard, une très vaste portée et il pourrait porter atteinte à l’art. 7 en incorporant des infractions qui ne relèvent pas de son champ d’application. Cependant, ce dernier a ajouté qu’il faut considérer que l’application

offences lacking clear military connection. It followed that, properly interpreted as requiring a military nexus, s. 130(1)(a) is not overbroad.

[13] Private Vezina also raised the s. 7 overbreadth argument before the CMAC but the argument was dismissed relying on the decision in *Moriarity*: 2014 CMAC 3, 461 N.R. 286.

[14] On appeal to the CMAC, Sergeant Arsenault also argued that s. 130(1)(a) violates s. 7. In addition, he raised a similar argument with respect to s. 117(f) of the *NDA*. The CMAC unanimously rejected the s. 7 argument holding that *Moriarity* was binding precedent with respect to s. 130(1)(a) and that the challenge to s. 117(f) was moot: 2014 CMAC 8, 466 N.R. 2.

[15] The four appellants now appeal to this Court raising the issue of whether ss. 130(1)(a) and 117(f) of the *NDA* infringe s. 7 of the *Charter* because they create service offences that do not directly pertain to military discipline, efficiency and morale, and thus are overbroad.

III. Analysis

A. *Introduction*

[16] The appellants' *Charter* challenge is based solely on their contention that ss. 130(1)(a) and 117(f) of the *NDA* restrain liberty in a manner that is overbroad and therefore violate s. 7 of the *Charter*. To succeed in this challenge, they must show, first, that the provisions engage the liberty interest of those subject to them and, second, that they put liberty at risk in a way that is not connected to their purpose.

de l'al. 130(1)a est limitée du fait de l'exigence requérant l'existence d'un lien de connexité avec le service militaire, afin que les tribunaux militaires n'aient pas compétence à l'égard des infractions contre l'ordre public qui ne présentent pas clairement un tel lien. Interprété adéquatement, c'est-à-dire comme une disposition requérant l'existence d'un lien militaire, l'al. 130(1)a n'a donc pas, selon le juge en chef Blanchard, une portée excessive.

[13] La soldate Vezina a elle aussi soulevé l'argument de la portée excessive fondé sur l'art. 7 devant la CACM, mais la cour a rejeté cet argument en s'appuyant sur la décision qu'elle avait elle-même rendue dans *Moriarity* (2014 CACM 3).

[14] En appel devant la CACM, le sergent Arsenault a fait valoir lui aussi que l'al. 130(1)a viole l'art. 7. Il a en outre soulevé un argument similaire à l'égard de l'al. 117f) de la *LDN*. La CACM a rejeté à l'unanimité l'argument fondé sur l'art. 7, concluant que l'arrêt *Moriarity* constituait un précédent ayant force obligatoire à l'égard de l'al. 130(1)a) et que la contestation visant l'al. 117f) avait un caractère théorique (2014 CACM 8, 466 N.R. 2).

[15] Les quatre appelants se pourvoient maintenant devant notre Cour et lui demandent de décider si les al. 130(1)a) et 117f) de la *LDN* portent atteinte à l'art. 7 de la *Charte* au motif qu'ils créent des infractions d'ordre militaire ne touchant pas directement à la discipline, à l'efficacité et au moral des troupes et qu'ils ont en conséquence une portée excessive.

III. Analyse

A. *Introduction*

[16] La contestation des appelants fondée sur la *Charte* repose uniquement sur leur argument voulant que les al. 130(1)a) et 117f) de la *LDN* restreignent la liberté de façon excessive et violent de ce fait l'art. 7 de la *Charte*. Pour avoir gain de cause, ils doivent établir, premièrement, que les dispositions contestées mettent en jeu le droit à la liberté de ceux qui y sont assujettis, et, deuxièmement, qu'elles menacent ce droit d'une manière qui est sans lien avec leur objet.

B. *The Liberty Interest Is Engaged by the Risk of Punishment*

[17] There is no dispute that s. 117(f) engages the liberty interest: it creates a service offence punishable by imprisonment. Although the respondent submitted that s. 130(1)(a) does not engage the liberty interest, I respectfully disagree. I accept that s. 130(1)(a) incorporates offences by reference and, by doing so, does not change the essential elements of the underlying federal offences. However, in my view, the fact that s. 130(1)(a) forms part of a scheme through which a person subject to the CSD can be deprived of his or her liberty is sufficient to engage the liberty interest. Section 130(1)(a) provides that a person found guilty of an offence under that section will be punished pursuant to s. 130(2), which allows in some cases for a penalty of imprisonment.

[18] I underline that the appellants claim that their liberty interest is engaged solely on the basis that the service offences created by ss. 130(1)(a) and 117(f) carry the risk of imprisonment. They do not contend that these provisions engage their liberty interests in any other way.

[19] I conclude that both ss. 130(1)(a) and 117(f) engage the liberty interest of individuals subject to the CSD. Therefore, in order for these provisions to comply with s. 7 of the *Charter*, this deprivation of liberty must be done in accordance with the principles of fundamental justice. The only principle of fundamental justice relied on by the appellants is the principle against overbroad laws.

C. *The Provisions Are Not Overbroad*

[20] The fatal flaw in the appellants' position is that they describe the purpose of the provisions too narrowly and, as a result, erroneously conclude that there is no rational connection between the purpose of these provisions and some of their effects.

B. *Le risque de sanction met en jeu le droit à la liberté*

[17] Nul ne conteste que l'al. 117f) met en jeu le droit à la liberté : il crée une infraction d'ordre militaire punissable d'emprisonnement. Bien que l'intimée ait fait valoir que l'al. 130(1)a) ne met pas en jeu ce droit, je ne suis pas de cet avis. Je reconnais que cette disposition incorpore par renvoi des infractions et que le recours à cette méthode n'a pas pour effet de modifier les éléments essentiels des infractions fédérales sous-jacentes. À mon avis, toutefois, le fait que l'al. 130(1)a) fait partie d'un régime dans lequel une personne assujettie au CDM peut être privée de sa liberté est suffisant pour qu'entre en jeu le droit à la liberté. L'alinéa 130(1)a) dispose que quiconque est déclaré coupable d'une infraction visée à cette disposition encourt la peine prévue au par. 130(2), lequel permet dans certains cas d'infliger une peine d'emprisonnement.

[18] Je souligne que les appelants plaident que leur droit à la liberté entre en jeu uniquement parce que les infractions d'ordre militaire créées par les al. 130(1)a) et 117f) emportent un risque d'emprisonnement. Ils ne prétendent pas que ces dispositions font intervenir de quelque autre façon leur droit à la liberté.

[19] Je conclus que tant l'al. 130(1)a) que l'al. 117f) mettent en jeu le droit à la liberté des personnes assujetties au CDM. En conséquence, pour que ces dispositions respectent l'art. 7 de la *Charte*, la privation de liberté découlant de leur application doit être imposée conformément aux principes de justice fondamentale. Le seul principe de justice fondamentale invoqué par les appelants est celui interdisant les lois de portée excessive.

C. *Les dispositions en cause n'ont pas une portée excessive*

[20] La thèse des appelants présente une lacune fatale en ce qu'ils décrivent trop étroitement l'objet des dispositions en cause et que, pour cette raison, ils concluent erronément à l'absence de lien rationnel entre l'objet des dispositions et certains de leurs

Properly articulated, the purpose is broad enough to be rationally connected to all of their effects.

[21] The appellants contend that the purpose of both ss. 130(1)(a) and 117(f) must be understood as being limited to offences that pertain directly to the discipline, efficiency and morale of the military. They submit that the purpose of the offence under s. 130(1)(a) is “to confer jurisdiction on military tribunals to deal with virtually all acts or omissions committed in Canada, punishable under any Act of Parliament, that pertain directly to the discipline, efficiency and morale of the military”: A.F. (Moriarity, Hannah and Vezina), at para. 33 (emphasis added). Similarly, the appellant Sergeant Arsenault submits that the purpose of s. 117(f) [TRANSLATION] “is to confer jurisdiction on military tribunals over all acts of a fraudulent nature . . . that pertain directly to the discipline, efficiency and morale of the military”: A.F., at para. 32. The appellants’ position is that these provisions create service offences that apply to persons who are in the armed forces regardless of whether there is any other link between their status as members of the armed forces and the circumstances of the offence. It follows, in their submission, that some of the effects of these provisions are not rationally connected to that purpose because in some cases there is no “direct link” between the circumstances of the commission of the offence and military discipline, efficiency and morale.

[22] The appellants do *not* argue that any specific underlying federal offences lack a direct connection with the maintenance of discipline, efficiency and morale in the military. Rather, they take issue with the lack of distinction between offences committed in military circumstances — which as they see it are rationally connected to discipline, efficiency and morale — and offences committed in civil circumstances — which, they argue, lack such a connection. As a result, there is no rational connection between the purpose of the law — maintaining discipline, efficiency and morale of the armed forces — and some of its effects — making armed

effets. Adéquatement formulé, l’objet de ces dispositions est suffisamment large pour être rationnellement lié à l’ensemble des effets de celles-ci.

[21] Les appelants prétendent que l’objet de l’al. 130(1)a) et de l’al. 117f) se limite aux infractions qui touchent directement à la discipline, à l’efficacité et au moral des troupes. Ils font valoir que l’infraction prévue à l’al. 130(1)a) vise à [TRADUCTION] « conférer aux tribunaux militaires le pouvoir de se prononcer sur pratiquement tout acte ou toute omission commis au Canada qui est punissable sous le régime de toute loi fédérale et qui touche directement à la discipline, à l’efficacité et au moral des troupes » (m.a. (Moriarity, Hannah et Vezina), par. 33 (je souligne)). De même, l’autre appelant, le sergent Arsenault, soutient que l’objet de l’al. 117f) « est de conférer une juridiction aux tribunaux militaires sur tous les actes à caractère frauduleux [. . .] qui touchent directement à la discipline, à l’efficacité et au moral des troupes » (m.a., par. 32). Les appelants plaident que ces dispositions créent des infractions d’ordre militaire applicables à toute personne faisant partie des forces armées, et ce, qu’il existe ou non un autre lien entre le statut de militaire de cette personne et les circonstances de l’infraction. Il s’ensuit, selon eux, que certains des effets de ces dispositions ne sont pas rationnellement liés à cet objet, parce que, dans certains cas, il n’existe aucun « lien direct » entre les circonstances de l’infraction et la discipline, l’efficacité et le moral des troupes.

[22] Les appelants *ne* prétendent *pas* que certaines infractions fédérales sous-jacentes données ne possèdent pas de lien direct avec le maintien de la discipline, de l’efficacité et du moral des troupes. Ils contestent plutôt l’absence de distinction entre les infractions commises en contexte militaire — infractions qu’ils considèrent rationnellement liées à la discipline, à l’efficacité et au moral des troupes — et les infractions commises en contexte civil — lesquelles, soutiennent-ils, ne présentent pas un tel lien. Il n’y a donc, à leur sens, aucun lien rationnel entre l’objet des dispositions — à savoir le maintien de la discipline, de l’efficacité et du moral des

forces members subject to the military justice system in circumstances in which the offence does not directly implicate the discipline, efficiency and morale of the forces.

[23] I will now examine the purpose of the provisions and then consider whether they are rationally connected to their effects.

(1) Identifying and Articulating Legislative Purpose

[24] That a law must not be overbroad is a principle of fundamental justice. It is one of the minimum requirements for a law that affects a person's life, liberty or security of the person: *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at paras. 94 et seq. A law that goes too far and interferes with life, liberty or security of the person in a way that has no connection to its objective is fundamentally flawed: *Bedford*, at para. 101. At the outset of an overbreadth analysis, it is critically important to identify the law's purpose and effects because overbreadth is concerned with whether there is a disconnect between the two. The overbreadth analysis thus depends on being able to distinguish between the objective of the law and its effects (resulting from the means by which the law seeks to achieve the objective). With respect to both purpose and effects, the focus is on the challenged provision, of course understood within the context of the legislative scheme of which it forms a part. (In my reasons, I use the words "objective", "ends" and "purpose" interchangeably.)

[25] The effects of the challenged provision depend on the means adopted by the law and are usually easy to identify, as they are in this case. Virtually all federal offences and all fraudulent acts, when allegedly committed by regular and special forces members (and other individuals subject to the CSD under ss. 60 and 61), may be prosecuted as

forces armées — et certains de leurs effets — l'assujettissement des militaires au système de justice militaire dans des circonstances où l'infraction ne touche pas directement à la discipline, à l'efficacité et au moral des troupes.

[23] Je vais maintenant examiner l'objet des dispositions en cause, puis décider si elles sont rationnellement liées à leurs effets.

(1) Détermination et formulation de l'objectif législatif

[24] Selon un principe de justice fondamentale, une règle de droit ne doit pas avoir une portée excessive. C'est l'une des conditions minimales auxquelles doit satisfaire une règle de droit qui affecte le droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne (*Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 94 et suiv.). Une règle de droit qui va trop loin et qui affecte le droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne d'une manière qui est sans lien avec son objectif comporte une lacune fondamentale (*Bedford*, par. 101). Il est primordial, au début de l'analyse de la portée excessive, de dégager l'objet et les effets de la règle de droit, car c'est l'absence ou non de lien entre les deux qui permet de déterminer s'il y a portée excessive. Cette analyse dépend donc de la capacité de distinguer l'objectif de la règle et ses effets (effets découlant des moyens par lesquels le législateur entend réaliser cet objectif). Tant en ce qui concerne l'objet que les effets, l'accent est mis sur la disposition contestée, interprétée bien entendu dans le contexte du régime législatif dont elle fait partie. (Dans mes motifs, j'utilise de façon interchangeable les termes « objectif », « fins » et « objet ».)

[25] Les effets de la disposition contestée dans une affaire donnée dépendent des moyens adoptés par la loi pour les réaliser et, comme c'est le cas en l'espèce, ils sont habituellement faciles à dégager. Virtuellement toutes les infractions fédérales et tous les actes frauduleux susceptibles d'être reprochés à des membres de la force régulière et de

service offences within the military justice system. That, in short, is what the challenged provisions do; in other words, that is their effect.

[26] The objective of the challenged provision may be more difficult to identify and articulate. The objective is identified by an analysis of the provision in its full context. An appropriate statement of the objective is critical to a proper overbreadth analysis. In general, the articulation of the objective should focus on the ends of the legislation rather than on its means, be at an appropriate level of generality and capture the main thrust of the law in precise and succinct terms.

[27] The overbreadth analysis turns on the relationship between the objective of the law and the effects flowing from the means which the law adopts to achieve it — in other words the relationship between the law’s purpose and what it actually does. It follows that the statement of the challenged provision’s purpose should, to the extent possible, be kept separate from the means adopted to achieve it. While of course the means adopted may throw light on the objective, the focus must remain on the objective: see, in a roughly analogous context, *Ward v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569, at para. 25. If undue weight is given to the means in articulating the legislative objective in an overbreadth analysis, there will be nothing left to consider at the rational connection stage of the analysis.

[28] The appropriate level of generality for the articulation of the law’s purpose is also critically important. If the purpose is articulated in too general terms, it will provide no meaningful check on the means employed to achieve it: almost any challenged provision will likely be rationally connected to a very broadly stated purpose (see, e.g., *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5,

la force spéciale (ainsi qu’à d’autres personnes assujetties au CDM en application des art. 60 et 61) peuvent donner lieu à des poursuites en tant qu’infractions d’ordre militaire dans le cadre du système de justice militaire. Voilà, en bref, ce que font les dispositions contestées, en d’autres mots quel est leur effet.

[26] Il peut arriver que l’objectif de la disposition contestée soit plus difficile à cerner et à formuler. Cet objectif est déterminé par une analyse du contexte global de la disposition. Un énoncé adéquat de l’objectif est essentiel à une bonne analyse de la portée excessive. En général, la formulation de l’objectif devrait s’attacher aux fins visées par la loi plutôt qu’aux moyens choisis pour les réaliser, et elle devrait présenter un niveau approprié de généralité et énoncer l’idée maîtresse du texte de loi en termes précis et succincts.

[27] L’analyse de la portée excessive est axée sur le rapport entre l’objectif de la règle de droit et les effets découlant des moyens adoptés dans celle-ci pour réaliser cet objectif — autrement dit sur le rapport entre l’objectif de la règle de droit et ses effets concrets. Il s’ensuit que, dans l’énoncé de l’objet de la disposition contestée, il faut dans la mesure du possible dissocier cet aspect de la question des moyens adoptés pour l’atteindre. Bien que les moyens choisis puissent évidemment aider à dégager l’objectif, l’analyse doit demeurer axée sur l’objectif lui-même (voir, dans un contexte sensiblement analogue, l’arrêt *Ward c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569, par. 25). Si, dans le cadre d’une analyse de la portée excessive, on accorde trop de poids aux moyens adoptés à l’étape de la formulation de l’objectif législatif, il n’y aura alors plus rien à examiner à l’étape portant sur le lien rationnel.

[28] Le niveau de généralité qu’il convient de donner à la formulation de l’objet d’une règle de droit revêt également une importance cruciale. Un objet exprimé en termes trop généraux ne permettra pas de contrôler efficacement les moyens employés pour le réaliser : pratiquement toute disposition contestée est susceptible de présenter un lien rationnel avec un objet formulé en termes très larges

[2015] 1 S.C.R. 331, at para. 77). On the other hand, if the identified purpose is articulated in too specific terms, then the distinction between ends and means may be lost and the statement of purpose will effectively foreclose any separate inquiry into the connection between them. The appropriate level of generality, therefore, resides between the statement of an “animating social value” — which is too general — and a narrow articulation, which can include a virtual repetition of the challenged provision, divorced from its context — which risks being too specific: *Carter*, at para. 76. An unduly broad statement of purpose will almost always lead to a finding that the provision is not overbroad, while an unduly narrow statement of purpose will almost always lead to a finding of overbreadth.

[29] The statement of purpose should generally be both precise and succinct. So, for example, in *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, the law’s purpose was to protect children from becoming victims of sexual offences. In *R. v. Khawaja*, 2012 SCC 69, [2012] 3 S.C.R. 555, the purpose of the scheme was to prosecute and prevent terrorism. In *Bedford*, the purpose of the living on the avails of prostitution offence was to target pimps and the parasitic, exploitative conduct in which they engage. In *Carter*, the objective of the ban on assisted suicide was to prevent vulnerable persons from being induced to commit suicide at a time of weakness. These are all examples of precise and succinct articulations of the law’s objective.

[30] The overbreadth analysis does not evaluate the appropriateness of the objective. Rather, it assumes a legislative objective that is appropriate and lawful. I underline this point here because the question of the scope of Parliament’s authority to legislate in relation to “Militia, Military and Naval Service, and Defence” under s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867* and the scope of the exemption of military law from the right to a jury trial guaranteed by s. 11(f) of the *Charter* are not before us in these appeals. We are concerned here with articulating the purpose of two challenged provisions in order to assess the rationality of some of their effects.

(voir, p. ex., *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 77). En revanche, si l’objet est formulé en termes trop précis, la distinction entre les fins et les moyens risque de s’estomper, et l’énoncé de l’objet empêchera concrètement le tribunal d’examiner séparément le lien qui existe entre eux. Le niveau approprié de généralité se situe donc entre la mention d’une « valeur sociale directrice » — énoncé trop général — et une formulation restrictive, par exemple la quasi-répétition de la disposition contestée dissociée de son contexte — formulation qui risque d’être trop précise (*Carter*, par. 76). Un énoncé trop large de l’objet mènera presque toujours à la conclusion que la disposition n’a pas une portée excessive, alors qu’une formulation trop restrictive de l’objet mènera presque toujours à la conclusion inverse.

[29] L’énoncé de l’objet devrait généralement être à la fois succinct et précis. Par exemple, dans l’arrêt *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, la règle de droit visait à protéger les enfants contre les infractions sexuelles. Dans *R. c. Khawaja*, 2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555, le régime en cause avait pour objet de prévenir et de réprimer les actes de terrorisme. Dans *Bedford*, l’objet de l’infraction de proxénétisme était la répression du proxénétisme, ainsi que du parasitisme et de l’exploitation qui y sont associés. Dans *Carter*, la prohibition de l’aide au suicide avait pour objectif d’empêcher que des personnes vulnérables soient incitées à se donner la mort dans un moment de faiblesse. Ce sont tous là des exemples de formulation précise et succincte de l’objectif d’une règle de droit.

[30] L’analyse de la portée excessive ne s’intéresse pas au caractère approprié de l’objectif. Elle suppose plutôt que l’objectif d’une règle de droit est approprié et légitime. J’insiste sur ce point ici parce que la question de l’étendue de la compétence fédérale sur « [l]a milice, le service militaire et le service naval, et la défense du pays » prévue au par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ainsi que la question de la portée de l’exemption d’application du droit à un procès avec jury garanti à l’al. 11(f) de la *Charte* en droit militaire ne se soulèvent pas dans les présents pourvois. En l’espèce, nous devons formuler l’objet des deux dispositions

We are not asked to determine the scope of federal legislative power in relation to military justice or to consider other types of *Charter* challenges. We take the legislative objective at face value and as valid and nothing in my reasons should be taken as addressing any of those other matters.

[31] Courts have used many sources to determine legislative purpose: see R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at §§9.41-9.66. In some cases, legislation contains explicit statements of purpose, but there is no such statement here. Courts also look at the text, context and scheme of the legislation in order to infer its purpose. For instance, in *Heywood*, the Court concluded that the purpose of a vagrancy law that prohibited convicted offenders from loitering in public parks, which was to protect children from becoming victims of sexual offences, was “apparent from the places to which the prohibition of loitering applies”: p. 786; see also *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, at pp. 1470-71. In addition, courts may also resort to extrinsic evidence such as legislative history and evolution. But as Prof. Sullivan wisely observes, legislative statements of purpose may be vague and incomplete and inferences of legislative purpose may be subjective and prone to error: §9.90.

[32] All of this underlines the point that courts should be cautious to articulate the legislative objective in a way that is firmly anchored in the legislative text, considered in its full context, and to avoid statements of purpose that effectively pre-determine the outcome of the overbreadth analysis without actually engaging in it.

[33] It is common ground that the purpose of the military justice system, of which the challenged provisions form a part, relates to assuring the discipline, efficiency and morale of the armed forces.

contestées afin de pouvoir apprécier la rationalité de certains de leurs effets. Nous ne sommes pas appelés à déterminer l'étendue du pouvoir du gouvernement fédéral de légiférer à l'égard de la justice militaire, ni à examiner d'autres types de contestations fondées sur la *Charte*. Je considère comme valide l'objectif du législateur, et mes motifs ne traitent d'aucune de ces autres questions.

[31] Les tribunaux font appel à plusieurs sources pour déterminer l'objet d'une règle de droit (voir R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), §9.41-9.66). Dans certaines situations, un texte de loi comporte un énoncé explicite de son objet, mais ce n'est pas le cas en l'espèce. Les tribunaux examinent aussi le texte, le contexte et l'économie d'une loi afin d'en inférer l'objet. Par exemple, dans l'arrêt *Heywood*, la Cour a conclu que l'objet d'une disposition sur le vagabondage interdisant aux personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles de flâner dans les parcs publics — objet qui consistait à protéger les enfants contre les agressions sexuelles — était « évident si l'on considère les endroits où l'interdiction de flâner s'applique » (p. 786; voir aussi *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, p. 1470-1471). Par ailleurs, les tribunaux peuvent également avoir recours à des éléments de preuve extrinsèques tels que l'histoire d'un texte de loi et son évolution. Cependant, comme le souligne judicieusement la professeure Sullivan, l'énoncé de l'objet d'une règle de droit peut être vague et incomplet, et les inférences tirées quant à cet objet peuvent être subjectives et sont sujettes à erreur (§9.90).

[32] Il ressort de tout ce qui précède que les tribunaux doivent prendre soin de formuler l'objectif d'une disposition législative en l'assoyant fermement sur le texte de cette disposition, considéré dans son contexte global, et ils doivent éviter les énoncés qui, dans les faits, pré-déterminent l'issue de l'analyse de la portée excessive sans qu'ils aient effectivement procédé à cette analyse.

[33] Il est admis que l'objet du système de justice militaire, dont les dispositions contestées en l'espèce font partie, consiste à maintenir la discipline, l'efficacité et le moral des forces armées. Les appelants

The appellants would narrow this purpose while the respondent would broaden it. In my view, they are both in error.

(2) The Appellants Articulate the Purpose Too Narrowly

[34] The appellants state the objective of the challenged provisions in a way that is not supported by the legislative text considered in its full context. And, in my respectful view, the CMAC fell into a similar error.

[35] The appellants claim that Parliament’s objective in enacting these provisions was to permit the prosecution of offences within the military justice system only when there is a “direct link” — or as the CMAC put it, a “military nexus” — between the circumstances of the alleged offence and the discipline, efficiency or morale of the military. This limited purpose is not borne out by a review of the overall thrust of the legislation. As I explained, the determination of legislative purpose must take into account the entire context of the challenged provisions. This, in my view, requires careful consideration of the broader context of the system of military justice and the scheme as a whole. When seen in this light, the “direct link” requirement contended for by the appellants cannot be fairly attributed to Parliament because, as I will explain, it is nowhere apparent in either the challenged provisions or the legislative scheme.

[36] An intent to limit the application of these provisions to situations in which there is a “direct link” between the circumstances of the offence and the military is nowhere apparent in the legislation. It is not supported by a plain reading of the challenged provisions themselves. Nor do any other provisions of the *NDA* contain any such express limit. Sections 60(1)(a) and 60(1)(b) of the *NDA* make every officer or non-commissioned member of the regular and special forces subject to the *CSD without exception*. Neither this provision nor any other *NDA* provision restricts the circumstances under which these individuals will be subject to

veulent restreindre cet objet alors que l’intimée souhaite l’élargir. À mon avis, les deux parties ont tort.

(2) Les appelants formulent l’objet de façon trop restrictive

[34] Les appelants énoncent l’objectif des dispositions contestées d’une manière qui n’est pas étayée par le texte législatif considéré dans son contexte global. En outre, je suis d’avis que la CACM a commis la même erreur.

[35] Les appelants soutiennent que l’objectif que visait le législateur en édictant ces dispositions était de permettre que des infractions soient jugées dans le système de justice militaire, mais uniquement dans les cas où il existe un « lien direct » — ou, comme l’a dit la CACM, un « lien de connexité avec le service militaire » — entre les circonstances de l’infraction reprochée et la discipline, l’efficacité ou le moral des troupes. Cet objet limité ne ressort pas de l’examen de l’idée générale de la loi. Comme je l’ai expliqué, pour déterminer l’objectif du législateur, il faut tenir compte du contexte global des dispositions contestées. Une telle démarche commande, à mon avis, un examen attentif du contexte plus large du système de justice militaire et du régime dans son ensemble. Considérée sous cet angle, l’exigence relative à l’existence d’un « lien direct » invoquée par les appelants ne peut pas vraiment être attribuée au législateur, car, comme je vais l’expliquer, elle ne ressort d’aucune façon des dispositions contestées ou de l’économie de la loi.

[36] L’intention de limiter l’application de ces dispositions aux situations où il existe un « lien direct » entre les circonstances de l’infraction et le service militaire ne ressort aucunement du texte de la loi. L’existence d’une telle intention ne ressort pas d’une simple lecture des dispositions contestées elles-mêmes, et aucune autre disposition de la *LDN* ne renferme une telle limite expresse. Suivant les alinéas 60(1)a) et b) de la *LDN*, tous les officiers ou militaires du rang de la force régulière et de la force spéciale, *sans exception*, sont assujettis au *CDM*. Ni cette disposition ni aucune autre disposition de la *LDN* ne limitent les circonstances dans lesquelles

the CSD. Had Parliament intended otherwise, it could have provided for a narrower application of the CSD. It has done so with respect to officers and non-commissioned members of the reserve force, as they are subject to the CSD only in specific circumstances, such as when they are “undergoing drill or training”, “in uniform”, or “on duty”: s. 60(1)(c)(i) to (x). It has also provided for other persons to be subject to the CSD in circumstances specified in the legislation: see ss. 60(1)(d) to (j), 60(2) and 61.

[37] We must therefore conclude that Parliament turned its mind to the circumstances in which it is appropriate to subject members of the armed forces to the military justice system. In the case of regular and special forces, it concluded that it was appropriate to do so in all circumstances, with the exception of the small group of offences which are excluded. A different conclusion was reached with respect to members of the reserve force and non-military persons.

[38] Quite apart from the challenged provisions, there are several CSD offences that are at odds with the “direct link” requirement. Consider, for example, the CSD offence of “stealing”, which does not take into account whether the offence was committed in military circumstances: s. 114. In addition, several military offences are grouped under the heading “Disgraceful Conduct”, and target a number of generally wrongful acts: ss. 92 to 98. They include scandalous conduct by officers and drunkenness with no requirement that the offence have any link to the military beyond the military status of the accused. It does not matter whether the person subject to the CSD is on active service or duty, although the term of imprisonment is shorter if that is not the case.

[39] Viewed in the context of the overall thrust of the scheme, ss. 130(1)(a) and 117(f), while broad, are hardly outliers. They reflect and are consistent with the overall thrust of the scheme to include offences when committed by an individual subject to the CSD regardless of what other link may or

ces personnes seront assujetties au CDM. Si le législateur avait voulu qu’il en soit autrement, il aurait pu restreindre l’application du CDM. C’est ce qu’il a fait à l’égard des officiers et militaires du rang de la force de réserve, qui ne sont assujettis au CDM que dans certaines situations, par exemple lorsqu’ils sont « en période d’exercice ou d’instruction », « en uniforme », ou « de service » (sous-al. 60(1)c)(i) à (x)). Il a également prévu l’assujettissement d’autres personnes au CDM dans certaines circonstances prévues par la loi (voir les al. 60(1)d) à j), le par. 60(2) et l’art. 61).

[37] Nous devons donc conclure que le législateur s’est penché sur les circonstances dans lesquelles il convient d’assujettir les militaires au système de justice militaire. Dans le cas de la force régulière et de la force spéciale, il a conclu que leurs membres devaient l’être en toutes circonstances, sous réserve des quelques infractions qui sont exclues du régime. Il est parvenu à une conclusion différente à l’égard des membres de la force de réserve et du personnel non militaire.

[38] Indépendamment des dispositions contestées, plusieurs des infractions prévues au CDM s’opposent à l’application d’une exigence requérant un « lien direct ». Prenons par exemple l’infraction de « vol », qui fait abstraction du fait qu’elle ait ou non été commise dans un contexte militaire (art. 114). De plus, plusieurs infractions d’ordre militaire sont regroupées sous le titre « Conduite déshonorante » et visent un certain nombre d’actes répréhensibles de façon générale (art. 92 à 98). Ces infractions, qui comprennent les conduites scandaleuses de la part d’officiers et l’ivresse, n’exigent aucun lien de connexité avec le service militaire, si ce n’est que l’accusé doit avoir le statut de militaire. Il n’est pas pertinent que la personne assujettie au CDM soit en service actif ou de service, quoique la peine d’emprisonnement dont elle est passible soit plus courte si ce n’est pas le cas.

[39] Considérés dans le contexte de l’objectif général du régime, malgré leur large portée, les al. 130(1)a) et 117f) font difficilement figure d’exception. En effet, ils sont conformes à cet objectif général, c’est-à-dire faire en sorte que soient visées par le régime les infractions commises par des

may not exist between the circumstances of the offence and the military. This is inconsistent with the narrower purpose proposed by the appellants. It follows that the appellants' formulation of legislative purpose not only finds no support in the provisions but is inconsistent with central components of the legislative scheme.

[40] The analysis by the CMAC is, with respect, flawed in the same way. The court first read into the text of the legislation a limitation requiring a military nexus. It did so acknowledging that the scope of s. 130(1)(a) includes virtually every act or omission punishable under any Act of Parliament irrespective of its nature and the circumstances of its commission: *Moriarity*, at para. 41. It also did so without considering the many other aspects of the scheme that are inconsistent with the military nexus limitation. The result of "reading in" this limitation was to foreclose any meaningful engagement with the question of whether the effects of the challenged provisions were rationally connected to the discipline, efficiency and morale of the armed forces.

[41] The appellants also rely on a sentence from Lamer C.J. in *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, and on legislative history to support their narrower articulation of the provisions' objective. However, neither submission is persuasive.

[42] The appellants rely on the statement made by Lamer C.J. in *Généreux* (at p. 293) that "[t]he purpose of a separate system of military tribunals is to allow the Armed Forces to deal with matters that pertain directly to the discipline, efficiency and morale of the military." This statement, however, does not in my opinion settle the purpose of the challenged provisions in this case, for two reasons.

personnes assujetties au CDM, peu importe qu'il existe ou non un autre lien entre les circonstances de l'infraction et le service militaire. Cette conclusion est incompatible avec l'objet plus limité que proposent les appelants. En conséquence, non seulement la formulation de l'objectif législatif suggérée par les appelants n'est aucunement étayée par le libellé des dispositions en cause, mais elle est également incompatible avec des éléments centraux du régime créé par la loi.

[40] Avec égards, l'analyse de la CACM comporte elle aussi de sérieuses lacunes du même genre. La cour a d'abord introduit dans le libellé de la loi, par voie d'interprétation extensive, une restriction requérant l'existence d'un lien de connexité avec le service militaire. Elle l'a fait tout en reconnaissant que l'al. 130(1)a vise pour ainsi dire tout acte ou toute omission punissable sous le régime de toute loi fédérale, peu importe sa nature ou les circonstances l'entourant (*Moriarity*, par. 41). Elle l'a également fait sans tenir compte des nombreux autres aspects du régime qui sont incompatibles avec une restriction requérant un lien militaire. L'introduction de cette restriction par voie d'« interprétation extensive » a eu pour résultat d'exclure tout examen véritable de la question de savoir si les effets des dispositions contestées étaient rationnellement liés à la discipline, à l'efficacité et au moral des forces armées.

[41] Au soutien de la formulation plus restrictive qu'ils proposent à l'égard de l'objectif des dispositions, les appelants invoquent en outre une phrase du juge en chef Lamer dans l'arrêt *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, ainsi que l'historique de la loi. Toutefois, ni l'un ni l'autre des arguments fondés sur ces sources n'est convaincant.

[42] Les appelants s'appuient sur la déclaration faite par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Généreux*, à la p. 293, selon laquelle le « but d'un système de tribunaux militaires distinct est de permettre aux Forces armées de s'occuper des questions qui touchent directement à la discipline, à l'efficacité et au moral des troupes ». Toutefois, je suis d'avis que cette déclaration ne règle pas la question du but ou de l'objet des dispositions contestées dans la présente affaire, et ce, pour deux raisons.

[43] First, the use by Lamer C.J. of the words “pertain directly” should not be understood as limiting the scope of the purpose to offences occurring in military circumstances. The facts as reported in the Chief Justice’s judgment in *Généreux* show that, at least arguably, the drug offences charged in that case did not arise in such circumstances. The civilian police found drugs in the soldier’s residence outside the base where he was stationed. Adopting Lamer C.J.’s statement of the purpose as definitive would in my respectful view read too much into his reasons. Second, this statement must be read in light of another statement of purpose in the same judgment. In considering whether the proceedings were intended to promote public order and welfare within a public sphere of activity, Lamer C.J. referred to a broader understanding of the purpose of the scheme:

Although the Code of Service Discipline is primarily concerned with maintaining discipline and integrity in the Canadian Armed Forces, it does not serve merely to regulate conduct that undermines such discipline and integrity. The Code serves a public function as well by punishing specific conduct which threatens public order and welfare. [Emphasis added; p. 281.]

[44] For these reasons, I do not consider the language used by Lamer C.J. as an authoritative pronouncement on the object of the provisions which are challenged here.

[45] The appellants also rely on certain statements made during legislative debates, as did the CMAC. Respectfully, these go no further than dealing with the relationship between civilian criminal courts and service tribunals.

[46] I conclude that Parliament’s objective in creating the military justice system was to provide

[43] Premièrement, il ne faudrait pas considérer que les mots « touchent directement » utilisés par le juge en chef Lamer limitent le champ d’application du régime aux infractions commises dans un contexte militaire. Compte tenu de la situation factuelle exposée par le juge en chef dans l’arrêt *Généreux*, il est à tout le moins possible de soutenir que les infractions liées à la drogue qui étaient reprochées dans cette affaire ne sont pas survenues dans un tel contexte. La police civile avait trouvé de la drogue au domicile du soldat, qui habitait en dehors de la base militaire où il était posté. Considérer que les remarques du juge en chef Lamer constituent l’énoncé définitif de l’objet reviendrait à mon avis à donner aux motifs de ce dernier une portée plus grande que celle qu’ils ont en réalité. Deuxièmement, ces remarques doivent être lues à la lumière d’un autre énoncé de l’objet formulé dans le même arrêt. Examinant la question de savoir si les procédures en cause visaient à favoriser l’ordre et le bien-être publics dans une sphère d’activité publique, le juge en chef Lamer a exprimé une conception plus large de l’objet du régime :

Certes, le Code de discipline militaire porte avant tout sur le maintien de la discipline et de l’intégrité au sein des Forces armées canadiennes, mais il ne sert pas simplement à réglementer la conduite qui compromet pareilles discipline et intégrité. Le Code joue aussi un rôle de nature publique, du fait qu’il vise à punir une conduite précise qui menace l’ordre et le bien-être publics. [Je souligne; p. 281.]

[44] Pour ces raisons, je ne considère pas que les remarques du juge en chef Lamer représentent un énoncé faisant autorité en ce qui concerne l’objet des dispositions contestées en l’espèce.

[45] À l’instar de la CACM, les appelants s’appuient également sur certaines déclarations faites au cours des débats législatifs. Avec égards pour l’opinion contraire, j’estime que ces déclarations portent uniquement sur la relation entre les tribunaux civils de juridiction criminelle et les tribunaux militaires.

[46] Je conclus que, en créant le système de justice militaire, le législateur avait pour objectif

processes that would assure the maintenance of discipline, efficiency and morale of the military. That objective, for the purposes of the overbreadth analysis, should not be understood as being restricted to providing for the prosecution of offences which have a direct link to those values. The challenged provisions are broad laws which have to be understood as furthering the purpose of the system of military justice. Both s. 130(1)(a) and s. 117(f)'s purpose is to maintain discipline, efficiency and morale in the military. The real question, as I see it, is whether there is a rational connection between that purpose and the effects of the challenged provisions.

(3) The Respondent's Purpose Is Too Broad

[47] The respondent agrees that the purpose of the CSD as a whole is to maintain discipline, efficiency and morale in the military. However, the respondent submits that this is not its only purpose. The respondent relies on *Généreux* for the proposition that the purpose of the scheme and of the challenged provisions includes a broader public function of punishing specific conduct which threatens public order and welfare. For the reasons already given, *Généreux* cannot be taken as settling the purpose of the challenged provisions in the context of this s. 7 overbreadth analysis. Moreover, this statement of purpose includes both the scheme's objective and its effects in a way that is unhelpful for the purposes of an overbreadth analysis.

(4) Conclusion on Purpose

[48] I conclude that the purpose of the challenged provisions is the same as that of the overall system of military justice: to maintain the discipline, efficiency and morale of the military. This statement of purpose is in my opinion firmly anchored in the legislative text understood in its full context, keeps the objective and means distinct and is expressed in succinct terms at an appropriate level of generality.

d'établir des processus visant à assurer le maintien de la discipline, de l'efficacité et du moral des troupes. Il ne faut pas, pour les besoins de l'analyse de la portée excessive, considérer que cet objectif se limite à permettre la poursuite des infractions ayant un lien direct avec ces valeurs. Les dispositions contestées sont des dispositions générales et il faut les voir comme des mesures favorisant la réalisation de l'objet du système de justice militaire. Les alinéas 130(1)a) et 117f) ont tous deux pour objet le maintien de la discipline, de l'efficacité et du moral des troupes. À mon avis, la véritable question consiste à se demander s'il existe un lien rationnel entre cet objet et les effets des dispositions contestées.

(3) L'objet proposé par l'intimée est trop large

[47] L'intimée reconnaît que le CDM dans son ensemble a pour objet le maintien de la discipline, de l'efficacité et du moral des troupes. Cependant, elle soutient que ce n'est pas là son seul objet. L'intimée s'appuie sur l'arrêt *Généreux* pour affirmer que l'objet du régime et des dispositions contestées inclut également un rôle public plus large, soit réprimer des comportements particuliers menaçant l'ordre et le bien-être publics. Pour les raisons déjà exprimées, on ne saurait considérer que l'arrêt *Généreux* est déterminant en ce qui a trait à l'objet des dispositions contestées dans le contexte de la présente analyse de la portée excessive au regard de l'art. 7. De plus, cet énoncé de l'objet intègre à la fois l'objectif du régime et ses effets d'une manière qui n'est pas utile pour l'analyse de la portée excessive.

(4) Conclusion relative à l'objet

[48] Je conclus que l'objet des dispositions contestées est le même que celui du système de justice militaire dans son ensemble : maintenir la discipline, l'efficacité et le moral des troupes. Cet énoncé est selon moi fermement ancré dans le texte législatif considéré dans son contexte global, il maintient la distinction entre l'objectif et les moyens et il est exprimé en termes succincts présentant un niveau approprié de généralité.

(5) The Rational Connection Between the Purpose of the Challenged Provisions and Their Effects

[49] The question is whether “the law is inherently bad because there is *no connection*, in whole or in part, between its effects and its purpose”: *Bedford*, at para. 119 (emphasis in original). As discussed earlier, the challenged provisions make it an offence to engage in conduct prohibited under an underlying federal offence and to engage in fraudulent conduct. Those offences apply regardless of the circumstances of the commission of the offence and their effect is to subject those who have committed these offences to the jurisdiction of service tribunals. As I will explain, the appellants have not shown that the fact that these offences apply in instances where the only military connection is the status of the accused is not rationally connected to the purpose of the challenged provisions.

[50] The appellants take a narrow view of the meaning of “discipline, efficiency and morale”. In their view, it is strictly limited to the [TRANSLATION] “operational effectiveness of the [Canadian Armed Forces]”: A.F. (Arsenault), at para. 37. Thus, conduct or circumstances that do not relate directly to the operation of the armed forces would not fall within that purpose. This would be the case with most offences committed off duty and outside of military precincts.

[51] The flaw in this position is that it is based on too narrow an understanding of how the effects of the provisions are connected to that purpose. The objective of maintaining “discipline, efficiency and morale” is rationally connected to dealing with criminal actions committed by members of the military even when not occurring in military circumstances. In light of this, the appellants fail to show that ss. 130(1)(a) and 117(f) cover conduct that falls outside of their purpose.

[52] Criminal or fraudulent conduct, even when committed in circumstances that are not directly

(5) Le lien rationnel entre l’objet des dispositions contestées et leurs effets

[49] La question à laquelle il faut répondre consiste à décider si « la disposition en cause est intrinsèquement mauvaise du fait de l’*absence de lien*, en tout ou en partie, entre ses effets et son objet » (*Bedford*, par. 119 (en italique dans l’original)). Comme nous l’avons vu, les dispositions contestées érigent en infraction le fait de commettre soit des actes prohibés par des infractions fédérales sous-jacentes soit des actes de caractère frauduleux. Ces dispositions s’appliquent sans égard aux circonstances de la perpétration des infractions reprochées et elles ont pour effet d’assujettir les auteurs de ces infractions à la compétence des tribunaux militaires. Comme je vais l’expliquer, les appelants n’ont pas démontré que le fait que ces dispositions s’appliquent dans des situations où le seul lien de connexité avec le service militaire est le statut de l’accusé n’est pas rationnellement lié à l’objet des dispositions contestées.

[50] Les appelants confèrent un sens étroit aux termes « discipline, efficacité et moral ». Ces termes, estiment-ils, se rattachent strictement à l’« efficacité opérationnelle des [Forces armées canadiennes] » (m.a. (Arsenault), par. 37). Par conséquent, les conduites ou circonstances qui ne sont pas directement liées au fonctionnement des forces armées ne relèvent pas de cet objet. Ce serait le cas de la plupart des infractions commises alors que le contrevenant n’est pas de service ou se trouve à l’extérieur de la base militaire.

[51] La lacune de cette thèse est qu’elle repose sur une conception trop étroite du lien entre cet objet et les effets des dispositions. En effet, l’objectif consistant à maintenir la « discipline, l’efficacité et le moral » est rationnellement lié au traitement des comportements criminels auxquels se livrent des militaires, même en dehors d’un contexte militaire. Compte tenu de cette constatation, les appelants n’ont pas su démontrer que les al. 130(1)(a) et 117(f) visent des conduites qui outrepassent leur objet.

[52] Même commis dans des circonstances non directement liées à des fonctions militaires, un

related to military duties, may have an impact on the standard of discipline, efficiency and morale. For instance, the fact that a member of the military has committed an assault in a civil context — a hypothetical scenario raised by Sergeant Arsenault — may call into question that individual's capacity to show discipline in a military environment and to respect military authorities. The fact that the offence has occurred outside a military context does not make it irrational to conclude that the prosecution of the offence is related to the discipline, efficiency and morale of the military.

[53] Consider, as a further example, an officer who has been involved in drug trafficking. There is a rational connection between the discipline, efficiency and morale of the military and military prosecution for this conduct. There is, at the very least, a risk that loss of respect by subordinates and peers will flow from that criminal activity even if it did not occur in a military context. Similarly, a member of the military who has engaged in fraudulent conduct is less likely to be trusted by his or her peers. Again, this risk provides a rational connection between the military prosecution for that conduct and the discipline, efficiency and morale of the military.

[54] These examples support a broad understanding of the situations in which criminal conduct by members of the military is at least rationally connected to maintaining the discipline, efficiency and morale of the armed forces: the behaviour of members of the military relates to discipline, efficiency and morale even when they are not on duty, in uniform, or on a military base. As the respondent puts it:

Discipline is a multi-faceted trait, as complex in its nature as it is essential to the conduct of military operations. At its heart, discipline on the part of individual members of the [Canadian Armed Forces] involves an instilled pattern of obedience, willingness to put other interests before

comportement criminel ou frauduleux peut avoir une incidence sur les normes applicables au titre de la discipline, de l'efficacité et du moral des troupes. Par exemple, le fait qu'un militaire ait commis des voies de fait dans un contexte civil — un scénario hypothétique évoqué par le sergent Arsenault — pourrait soulever des doutes sur sa capacité à faire preuve de discipline en contexte militaire et à respecter les autorités militaires. Ce n'est pas parce que l'infraction est survenue dans un contexte non militaire qu'il est illogique de conclure que les poursuites intentées relativement à cette infraction ont un lien avec la discipline, l'efficacité et le moral des troupes.

[53] Un autre exemple serait le cas d'un officier qui aurait participé à un trafic de drogues. Il existe un lien rationnel entre, d'une part, la discipline, l'efficacité et le moral des troupes et, d'autre part, l'engagement de poursuites militaires visant une telle conduite de l'officier. En effet, il existe à tout le moins un risque que de telles activités criminelles lui fassent perdre le respect de ses subordonnés et de ses pairs, même si elles ne se sont pas déroulées dans un contexte militaire. De même, un militaire qui aurait commis des actes frauduleux est moins susceptible de jouir de la confiance de ses pairs. Ici encore, ce risque permet d'établir un lien rationnel entre les poursuites militaires intentées relativement à cette conduite et la discipline, l'efficacité et le moral des troupes.

[54] Ces exemples appuient une interprétation large des situations où la conduite criminelle des militaires est à tout le moins rationnellement liée au maintien de la discipline, de l'efficacité et du moral des forces armées : le comportement des militaires touche à la discipline, à l'efficacité et au moral, même lorsque ces derniers ne sont pas de service, en uniforme ou dans une base militaire. Comme l'affirme l'intimée :

[TRADUCTION] La discipline est une question aux multiples facettes, qui est à la fois aussi complexe de par sa nature qu'elle est essentielle à la conduite des opérations militaires. Fondamentalement, la discipline attendue de chacun des membres des [Forces armées canadiennes]

one's own, and respect for and compliance with lawful authority.

(R.F. (Moriarity, Hannah and Vezina), at para. 67)

[55] A “military nexus” case from the 1980s supports this broader understanding of the connection between criminal offences committed by members of the armed forces and military discipline. In *Ionson v. The Queen* (1987), 4 C.M.A.R. 433, aff'd [1989] 2 S.C.R. 1073, the accused, a member of the regular armed forces, was a steward posted to HMCS *Fundy* in Esquimalt, British Columbia. While off duty and off his ship and the base, he was found by civilian police to be in possession of cocaine. At the time, he was driving a civilian vehicle (his own), was dressed in civilian clothes and there was no connection with other military members. He was convicted of possession of a narcotic by a Standing Court Martial. He raised a plea in bar of trial that there was not a sufficient military nexus to give jurisdiction to the Standing Court Martial. The President denied his plea in bar of trial, finding that there was a very real military nexus. That conclusion was affirmed by the CMAC (at p. 438), quoting with approval these words: “[The military authorities’] concern and interest in seeing that no member of the forces uses or distributes drugs and in ultimately eliminating their use, may be more pressing than that of civilian authorities” (*MacEachern v. The Queen* (1985), 4 C.M.A.R. 447, at p. 453). This Court affirmed that result. *Ionson* is consistent with a broad understanding of when at least a rational connection will exist between criminal offences committed by a member of the armed forces and military discipline, efficiency and morale.

[56] I conclude that the appellants have failed to show that the prosecution under military law of members of the military engaging in the full range of conduct covered by ss. 130(1)(a) and 117(f) is

suppose une attitude inculquée d’obéissance, de disposition à faire passer les intérêts d’autrui avant les siens, de respect de l’autorité légitime et de subordination à celle-ci.

(m.i. (Moriarity, Hannah et Vezina), par. 67)

[55] Une affaire soulevant la question du « lien de connexité avec le service militaire » qui remonte aux années 1980 étaye cette interprétation large du lien entre les infractions criminelles commises par les militaires et la discipline militaire. Dans *Ionson c. La Reine* (1987), 4 C.A.C.M. 433, conf. par [1989] 2 R.C.S. 1073, l’accusé, un membre de la force régulière, était steward à bord du NCSM *Fundy* à Esquimalt, en Colombie-Britannique. Alors qu’il n’était pas de service et qu’il n’était pas à bord du navire, ni même dans la base, il a été trouvé en possession de cocaïne par la police civile. Au moment de l’incident, il conduisait un véhicule civil (le sien), il portait des vêtements civils et aucun autre militaire n’était concerné. Il a été reconnu coupable de possession d’un stupéfiant par une cour martiale permanente. Il a soulevé une fin de non-recevoir basée sur l’absence d’un lien militaire suffisant pour conférer compétence à la cour martiale permanente. Le président du tribunal a rejeté ce moyen, estimant qu’il existait un lien très concret avec le service militaire. Cette conclusion a été confirmée par la CACM (à la p. 438), qui a cité avec approbation les propos suivants tirés d’une autre de ses décisions : « Les autorités militaires ont peut-être davantage intérêt que les autorités civiles à ce qu’aucun membre des forces armées n’utilise ni ne distribue de stupéfiants et, en fin de compte, à en empêcher tout usage » (*MacEachern c. La Reine* (1985), 4 C.A.C.M. 447, p. 453). Notre Cour a confirmé cette conclusion. L’arrêt *Ionson* est compatible avec une interprétation large des situations dans lesquelles il existe à tout le moins un lien rationnel entre les infractions criminelles commises par un militaire et la discipline, l’efficacité et le moral des troupes.

[56] Je conclus que les appelants n’ont pas été en mesure de démontrer que le fait de poursuivre, en vertu du régime du droit militaire, des militaires qui se livrent aux différents comportements visés à

not rationally connected to the maintenance of discipline, efficiency and morale regardless of the circumstances of the commission of the offence. The challenged provisions are therefore not overbroad.

D. *The Appellants' Additional Constitutional Arguments Raised at the Section 52 Stage*

[57] As mentioned earlier, the appellants raise other possible constitutional deficiencies regarding ss. 130(1)(a) and 117(f) as part of their submissions with respect to remedy under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Having found that the challenged provisions are not overbroad and that there is, therefore, no constitutional violation to remedy, I need not consider these points further.

[58] In any event, these additional constitutional arguments should not be raised in a s. 52 analysis. The appellants are right to say that, in order to determine the appropriate constitutional remedy, courts must first determine the extent of the law's unconstitutionality: see *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 702. This flows from the text of s. 52 itself, which provides that “any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect”. That being said, this exercise must relate to the finding of constitutional breach that first led to the availability of a s. 52 remedy. In other words, s. 52 cannot be used to bring in new allegations of constitutional deficiencies that are unrelated to the original challenge.

IV. Disposition

[59] I would dismiss the appeals and answer the constitutional questions as follows:

l'al. 130(1)a) et à l'al. 117f) n'est pas rationnellement lié au maintien de la discipline, de l'efficacité et du moral des troupes, indépendamment des circonstances de la perpétration des infractions reprochées. Les dispositions contestées n'ont donc pas une portée excessive.

D. *Les arguments d'ordre constitutionnel supplémentaires soulevés par les appelants au stade de l'examen fondé sur l'art. 52*

[57] Comme il a été indiqué précédemment, dans leurs arguments portant sur la réparation à accorder en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les appelants invoquent d'autres vices d'ordre constitutionnel susceptibles d'entacher les al. 130(1)a) et 117f). Ayant conclu que les dispositions contestées n'ont pas une portée excessive et qu'il n'y a donc aucune violation de la Constitution exigeant réparation, je n'ai pas à examiner plus à fond ces questions.

[58] Quoi qu'il en soit, ces arguments d'ordre constitutionnel supplémentaires ne devraient pas être soulevés dans une analyse fondée sur l'art. 52. Les appelants ont raison de dire que, pour décider de la réparation constitutionnelle convenable, les tribunaux doivent d'abord déterminer l'étendue de l'inconstitutionnalité de la règle de droit (voir *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, p. 702). Cela découle du texte même de l'art. 52, qui dispose que la « Constitution [. . .] rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ». Cela étant dit, cette analyse doit se rattacher à la conclusion d'inconstitutionnalité qui a donné ouverture à une réparation fondée sur l'art. 52. Autrement dit, l'art. 52 ne peut être invoqué pour soulever de nouveaux arguments d'ordre constitutionnel sans lien avec la contestation initiale.

IV. Dispositif

[59] Je suis d'avis de rejeter les pourvois et de répondre comme suit aux questions constitutionnelles :

Does s. 130(1)(a) of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is unnecessary to answer the question.

Does s. 117(f) of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is unnecessary to answer the question.

Appeals dismissed.

Solicitor for the appellants: Defence Counsel Services, Gatineau.

Solicitor for the respondent: Director of Military Prosecutions, Ottawa.

L'alinéa 130(1)a) de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, c. N-5, viole-t-il l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

Dans l'affirmative, s'agit-il d'une violation constituant une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

L'alinéa 117f) de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, c. N-5, viole-t-il l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

Dans l'affirmative, s'agit-il d'une violation constituant une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Pourvois rejetés.

Procureur des appelants : Service d'avocats de la défense, Gatineau.

Procureur de l'intimée : Directeur des poursuites militaires, Ottawa.

Gilles Caron *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

Pierre Boutet *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General for Saskatchewan,
Alberta Catholic School Trustees' Association,
Conseil scolaire Centre-Nord No. 2,
Denis Lefebvre, Association canadienne-
française de l'Alberta, Commissioner of
Official Languages of Canada,
Assemblée communautaire fransaskoise
and Fédération des associations de juristes
d'expression française de common
law inc.** *Intervenants*

INDEXED AS: CARON v. ALBERTA

2015 SCC 56

File No.: 35842.

2015: February 13; 2015: November 20.

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

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

*Constitutional law — Language rights — Alberta laws
and regulations — Alberta Languages Act provides pro-
vincial laws and regulations be enacted, printed and pub-
lished in English only — Whether Languages Act is ultra
vires or inoperative insofar as it abrogates constitutional
duty owed by Alberta to enact, print and publish its laws*

Gilles Caron *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

Pierre Boutet *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général de la Saskatchewan,
Alberta Catholic School Trustees' Association,
Conseil scolaire Centre-Nord No. 2,
Denis Lefebvre, Association canadienne-
française de l'Alberta, commissaire aux
langues officielles du Canada,
Assemblée communautaire fransaskoise
et Fédération des associations de juristes
d'expression française de common
law inc.** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : CARON c. ALBERTA

2015 CSC 56

N° du greffe : 35842.

2015 : 13 février; 2015 : 20 novembre.

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

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

*Droit constitutionnel — Droits linguistiques — Lois
et règlements albertains — La Loi linguistique de l'Al-
berta prévoit que les lois et règlements provinciaux sont
édictees, imprimés et publiés en anglais seulement — La
Loi linguistique est-elle ultra vires ou sans effet dans la
mesure où elle abroge une obligation constitutionnelle*

and regulations in both English and French — Meaning of “legal rights” in 1867 Address to Queen concerning Rupert’s Land and North-Western Territory — Languages Act, R.S.A. 2000, c. L-6 — Rupert’s Land and North-Western Territory Order (1870) (U.K.) (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 9), Schs. A, B.

Provincial offences — Highways — Traffic offences — Alberta law and regulation under which accused were charged enacted, printed and published in English only — Whether Traffic Safety Act and other laws and regulations that have not been enacted, printed and published in both English and French unconstitutional — Languages Act, R.S.A. 2000, c. L-6 — Traffic Safety Act, R.S.A. 2000, c. T-6 — Use of Highway and Rules of the Road Regulation, Alta. Reg. 304/2002.

C and B were charged with traffic offences under the Alberta *Traffic Safety Act* and the *Use of Highway and Rules of the Road Regulation*, which were enacted in English only. Both claimed that the law and regulation were unconstitutional because they were not enacted in French, and further that the Alberta *Languages Act* was inoperative to the extent that it abrogates what they claimed was a constitutional obligation on the part of Alberta to enact, print and publish its laws and regulations in both French and English.

In 1870, the vast western territories under the control of the Hudson’s Bay Company became part of Canada. The terms of this Canadian expansion were largely the result of negotiations and agreement between Canadian officials and representatives of the territories. The result was that the new province of Manitoba was added by the *Manitoba Act, 1870*. Further, the remainder of what had been the North-Western Territory and Rupert’s Land — a vast land mass including most of what is now Alberta, Saskatchewan, Nunavut, the Yukon, the Northwest Territories, and parts of Ontario and Quebec — was annexed as a new Canadian territory under federal administration by the 1870 *Rupert’s Land and North-Western Territory Order* (the “1870 Order”). The *Manitoba Act, 1870* expressly provided for legislative bilingualism. The 1870 *Order* did not.

C and B contend, however, that legislative bilingualism was in fact guaranteed for both areas and therefore

de l’Alberta d’édicter, d’imprimer et de publier ses lois et ses règlements en français et en anglais? — Sens de « droits acquis » dans l’Adresse de 1867 à la Reine sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest — Loi linguistique, R.S.A. 2000, c. L-6 — Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest (1870) (R.-U.) (reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 9), céd. A, B.

Infractions provinciales — Voies publiques — Infractions au code de la route — La loi et le règlement albertains en vertu desquels on a inculpé les accusés ont été édictés, imprimés et publiés en anglais seulement — La Traffic Safety Act et les autres lois et règlements qui n’ont pas été édictés, imprimés et publiés en français et en anglais sont-ils inconstitutionnels? — Loi linguistique, R.S.A. 2000, c. L-6 — Traffic Safety Act, R.S.A. 2000, c. T-6 — Use of Highway and Rules of the Road Regulation, Alta. Reg. 304/2002.

C et B ont été accusés d’infractions routières prévues dans la *Traffic Safety Act* de l’Alberta et le *Use of Highway and Rules of the Road Regulation*, édictés en anglais seulement. Les deux hommes prétendent que la loi et le règlement sont inconstitutionnels parce qu’ils n’ont pas été édictés en français et ils font également valoir que la *Loi linguistique* de l’Alberta est inopérante dans la mesure où elle abroge ce qui constitue à leur avis une obligation constitutionnelle incombant à l’Alberta, à savoir celle d’édicter, d’imprimer et de publier ses lois et règlements en français et en anglais.

En 1870, les vastes territoires à l’ouest qui étaient jusqu’alors administrés par la Compagnie de la Baie d’Hudson ont été annexés au Canada. Les conditions de cette expansion du territoire canadien résultaient en grande partie des négociations entre les hauts fonctionnaires canadiens et les représentants des territoires et de l’entente intervenue entre eux. Il en a découlé l’admission du Manitoba à titre de nouvelle province par le truchement de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. En outre, le reste des terres appelées Territoire du Nord-Ouest et Terre de Rupert — une vaste étendue correspondant à ce qui représente en gros l’Alberta, la Saskatchewan, le Nunavut, le Yukon, les Territoires du Nord-Ouest et des régions de l’Ontario et du Québec — a été annexé comme territoire canadien administré par le fédéral par l’effet du *Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest* (le « *Décret de 1870* »). La *Loi de 1870 sur le Manitoba* prévoit expressément le bilinguisme législatif, ce qui n’est pas le cas du *Décret de 1870*.

Cependant, C et B font valoir que le bilinguisme législatif était garanti dans les faits dans les deux régions

extends to the modern province of Alberta, which was created out of the new territory. Their argument is intricate and has changed over time, but rests on one key proposition: an assurance given by Parliament in 1867 (the “1867 Address”) that it would respect the “legal rights of any corporation, company, or individual” in the western territories must be understood as a promise of legislative bilingualism. And that promise is an entrenched constitutional right because the *1867 Address* became a schedule to the *1870 Order*, which is part of the Constitution of Canada by virtue of s. 52(2)(b) and the Schedule to the *Constitution Act, 1982*. Their challenge was successful at trial, but was rejected by the summary conviction appeal court and by the Court of Appeal.

Held (Abella, Wagner and Côté JJ. dissenting): The appeals should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ.: Alberta is not constitutionally obligated to enact, print and publish its laws and regulations in both French and English. C and B’s position is inconsistent with the text, context, and purpose of the documents on which they rely and must be rejected. Absent some entrenched constitutional guarantee of legislative bilingualism, a province has the authority to decide the language or languages to be used in its legislative process. Clearly, a province may choose to enact its laws and regulations in both French and English. But one cannot simply infer a guarantee of legislative bilingualism that would override this exclusive provincial jurisdiction absent clear textual and contextual evidence to support an entrenched right.

Linguistic rights have always been dealt with expressly from the beginning of Canada’s constitutional history. It has never been the case that the words “legal rights” have been understood to confer linguistic rights. The words “legal rights” in the *1867 Address* cannot support a constitutional guarantee of legislative bilingualism in the province of Alberta. Contemporaneous guarantees of language rights were explicit and clear. The Canadian Parliament knew how to entrench language rights and did so in the *Constitution Act, 1867* and the *Manitoba Act, 1870* in very similar and very clear terms. The total absence of similar wording in the contemporaneous *1867 Address* or *1870 Order* counts heavily against C and B’s contention that the words “legal rights” should be understood to include language rights.

et s’applique donc dans l’actuelle province d’Alberta, qui a été créée à partir du nouveau territoire. Leur argument, s’il est complexe et s’est modifié au fil du temps, s’appuie toujours sur cette prémisse fondamentale, à savoir que la promesse faite par le Parlement en 1867 (l’« *Adresse de 1867* ») selon laquelle il respectera les « droits acquis de toute Corporation, Compagnie ou Individu » dans les territoires de l’Ouest concerne le bilinguisme législatif et que cette promesse est devenue un droit constitutionnel de par l’annexion de l’*Adresse de 1867* au *Décret de 1870*, qui est inscrit dans la Constitution du Canada en vertu de l’al. 52(2)(b) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de l’annexe à cette loi. Leur contestation a été acceptée par la juridiction de première instance, mais rejetée par la cour d’appel des poursuites sommaires et la Cour d’appel.

Arrêt (les juges Abella, Wagner et Côté sont dissidents) : Les pourvois sont rejetés.

La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Gascon : La Constitution n’oblige pas l’Alberta à édicter, à imprimer et à publier ses lois et règlements en français et en anglais. La thèse de C et de B ne respecte pas le texte, le contexte, ni l’objet des documents qu’ils invoquent et doit donc être rejetée. En l’absence d’une garantie constitutionnelle consacrée de bilinguisme législatif, les provinces ont le pouvoir de décider la langue ou les langues qu’elles utiliseront pour légiférer. Manifestement, une province peut choisir d’édicter ses lois et règlements en français et en anglais. Toutefois, on ne peut tout simplement pas inférer qu’une garantie de bilinguisme législatif existe et l’emporte sur cette compétence provinciale exclusive sans éléments de preuve textuels et contextuels clairs en ce sens.

Les droits linguistiques ont toujours été conférés de manière expresse, et ce dès le début de l’histoire constitutionnelle du Canada. Les termes « droits acquis » ou « droits légaux » n’ont jamais servi à conférer des droits linguistiques. Les termes « droits acquis » qui figurent dans l’*Adresse de 1867* n’étaient pas la thèse de l’existence d’une garantie constitutionnelle de bilinguisme législatif en Alberta. Les garanties en matière de droits linguistiques étaient claires et explicites à l’époque. Le législateur canadien savait comment garantir des droits linguistiques et c’est ce qu’il a fait dans la *Loi constitutionnelle de 1867* et la *Loi de 1870 sur le Manitoba* au moyen de dispositions très similaires et on ne peut plus claires. L’absence totale d’un libellé similaire dans l’*Adresse de 1867* ou le *Décret de 1870*, adoptés à la même époque, affaiblit sérieusement l’argument de C et de B selon lequel les expressions « droits acquis » ou « droits légaux » devraient être interprétées de façon à englober les droits linguistiques.

In fact, the contemporary discussions show that neither Canada nor the representatives of the territories ever considered that the promise to respect “legal rights” in the *1867 Address* referred to linguistic rights. Rather, the contemporary evidence shows that the territorial representatives considered that their linguistic rights had been assured through the *Manitoba Act, 1870*, not the *1870 Order*, and not the *1867 Address*, which is annexed as a schedule to the *1870 Order*. In addition, the parliamentary debates related to the adoption of the *1867 Address* show that language rights were not subsumed under the phrase “legal rights”.

There is no doubt that the territorial representatives sought to entrench bilingual rights, just as there is no doubt they sought for the territories to enter Canada as a province. However, the contrast between the two contemporaneous documents in relation to legislative bilingualism could not be more stark. There is express provision in the *Manitoba Act, 1870* for legislative bilingualism in terms that were very similar to those used in s. 133 of the *Constitution Act, 1867*. However, in the *1870 Order*, there is no express reference to legislative bilingualism. This strongly suggests that while legislative bilingualism was successfully negotiated and established for the new province of Manitoba, there was no similar agreement or provision for legislative bilingualism in the newly annexed territories.

The purpose of the *1870 Order* was simply to effect the transfer of Rupert’s Land and the North-Western Territory to Canada. To the extent that an historic compromise was reached to entrench legislative bilingualism as part of the annexation of Rupert’s Land and the North-Western Territory, it was entrenched in the *Manitoba Act, 1870*, and not elsewhere. C and B’s position overlooks the failure of the territorial representatives to have the entire territories enter Canada as a province. Instead, the territorial representatives accepted a compromise whereby only a small portion of the territories — the province of Manitoba — would join the Dominion as a province, and the rest of the territories would be under Parliament’s jurisdiction. This is no small detail. Many of the territorial representatives’ demands were tied to the creation of a province and the existence of a provincial legislature (demands such as voting rights, representation in the Canadian Senate and House of Commons, and the subsidy to the province in proportion to its population). Like the right to legislative bilingualism, these demands were incorporated in the *Manitoba Act, 1870*,

En fait, les discussions de l’époque démontrent que ni le Canada ni les représentants des territoires ne croyaient que la promesse quant au respect des « droits acquis » que comporte l’*Adresse de 1867* visait les droits linguistiques. La preuve datant de cette époque démontre plutôt que les représentants territoriaux estimaient que leurs droits linguistiques avaient été protégés par la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, et non par le *Décret de 1870* ou l’*Adresse de 1867*, annexée à ce décret. De plus, les débats parlementaires ayant précédé l’adoption de l’*Adresse de 1867* laissent également entendre que les droits linguistiques ne sont pas visés par les termes « droits acquis » ou « droits légaux ».

Il ne fait aucun doute que les représentants des territoires ont tenté de faire constitutionnaliser les droits linguistiques, tout comme il ne fait aucun doute qu’ils ont tenté de faire admettre les territoires dans le Canada en tant que province. Cependant, le contraste sur le plan du bilinguisme législatif entre ces deux documents datant de la même époque ne saurait être plus frappant. On trouve dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba* une disposition expresse concernant le bilinguisme législatif qui est libellée en termes très similaires à ceux de l’art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toutefois, dans le *Décret de 1870*, il n’y a aucune mention expresse du bilinguisme législatif, ce qui tend fortement à indiquer que le bilinguisme législatif, s’il a été négocié et établi avec succès dans le cas de la nouvelle province du Manitoba, n’est prévu dans aucune entente ou disposition similaire dans le cas des territoires nouvellement annexés.

L’objet du *Décret de 1870* consistait simplement à effectuer le transfert de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest au Canada. Dans la mesure où un compromis historique est intervenu pour consacrer le bilinguisme législatif dans le cadre de l’annexion de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest, il a été consacré dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, et pas ailleurs. La thèse de C et de B ne tient pas compte du fait que les représentants territoriaux n’avaient pas réussi à obtenir que l’ensemble des territoires entre dans le giron canadien à titre de province. Les représentants territoriaux avaient plutôt accepté un compromis en vertu duquel seule une petite partie des territoires, en l’occurrence le Manitoba, serait admise en tant que province dans le Dominion et le reste des territoires relèverait du Parlement. Ce détail n’est pas négligeable. Bon nombre des revendications des représentants territoriaux étaient liées à la création d’une province et à l’existence d’une assemblée législative provinciale (comme le droit de vote, le droit d’être représenté au Sénat canadien et à la Chambre des communes et le versement de subventions à la province

but the population outside the newly created province received none of these rights.

Furthermore, it would be incongruous for an 1867 document to embody a compromise reached only three years later in 1870. Rather, this tends to confirm that the end result of the negotiations was the *Manitoba Act, 1870* — a bill adopted at the culmination of the negotiations.

To be sure, it is possible that parties to a negotiation could agree to give effect to an agreement by entrenching an older document. In the present case, however, this is implausible. B's assumption that the British government could effectively entrench the compromise regarding legislative bilingualism reached in 1870 — by incorporating as a schedule an 1867 document issued not by the British government but by the Canadian government, one that makes no specific reference to language rights — is purely speculative.

One cannot simply resort to the historical evidence of the desires and demands of those negotiating the entry of the territories, and presume that those demands were fully granted. It is obvious that they were not. The Court must generously interpret constitutional linguistic rights, not create them. It must look at the ordinary meaning of the language used in each document, the historical context, and the philosophy or objectives lying behind the words and guarantees.

Accepting C and B's position that legislative bilingualism was entrenched for all of the annexed territories in 1870 would require holding that the understanding of the status of legislative bilingualism in the new province of Alberta was fundamentally misunderstood by virtually everyone involved in the debate in the House of Commons at the time the province was created. However, federal legislation and the related debates in relation to the new North-West Territories in 1875 and 1877 show that no one involved thought that there had been any guarantee of legislative bilingualism in 1870.

Finally, in 1988, this Court held in *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234, that there was no entrenched right to legislative bilingualism in Saskatchewan and the constitutional position of Alberta on this point is indistinguishable. If C and B's position is right, *Mercure* was wrong.

au prorata de sa population). À l'instar du droit au bilinguisme législatif, ces revendications ont été prévues dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, mais la population vivant à l'extérieur de la nouvelle province ne s'est vu reconnaître aucun de ces droits.

De plus, il serait incongru qu'un document datant de 1867 matérialise un compromis qui n'interviendra que trois ans plus tard, en 1870. Ce fait tend plutôt à confirmer que l'aboutissement des négociations a consisté dans l'adoption de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, projet de loi adopté au point culminant des négociations.

Certes, il est possible que les parties à une négociation s'entendent pour donner effet à une entente en consacrant un document antérieur. Dans le cas qui nous occupe, cependant, ce scénario est peu vraisemblable. L'hypothèse de B selon laquelle le gouvernement britannique pouvait effectivement consacrer le compromis survenu en 1870 au sujet du bilinguisme législatif — en annexant un document de 1867 qui émanait non pas du gouvernement britannique mais du gouvernement canadien et qui ne mentionnait pas expressément les droits linguistiques — relève de la simple conjecture.

On ne peut pas se contenter de recourir aux documents historiques faisant état des souhaits et des revendications de ceux qui ont négocié l'entrée des territoires dans la Confédération et présumer qu'il avait été accédé entièrement à ces revendications. De toute évidence, ce n'est pas le cas. La Cour doit donner une interprétation généreuse aux droits linguistiques constitutionnels; elle ne doit pas en créer de nouveaux. Elle doit examiner le sens ordinaire des mots employés dans chaque document, le contexte historique ainsi que la philosophie ou les objectifs qui sont à la base des termes et des garanties.

Si l'on retenait la thèse de C et de B que le bilinguisme législatif était consacré au sein de tous les territoires annexés en 1870, il faudrait conclure que pratiquement tous les participants aux débats à la Chambre des communes à l'époque où la province a vu le jour auraient fondamentalement mal compris ce qu'il en était du bilinguisme législatif dans la nouvelle province d'Alberta. Cependant, les lois fédérales relatives aux nouveaux Territoires du Nord-Ouest de 1875 et 1877 et les débats entourant leur adoption démontrent qu'aucun des participants ne croyait que le bilinguisme législatif avait été garanti en 1870.

Enfin, en 1988, la Cour dans l'arrêt *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234, a conclu à l'inexistence d'un droit constitutionnel au bilinguisme législatif en Saskatchewan, et la position de l'Alberta sur le plan constitutionnel à cet égard ne peut être distinguée de celle de sa voisine. Si C

Although the English text of the *1867 Address* remains unchanged, the French text has evolved over time. In the initial version published in the *Journaux de la Chambre des communes de la Puissance du Canada*, the phrase “legal rights” is translated as “*droits acquis*”. But in the text of the *1867 Address* that was eventually annexed as a schedule to the *1870 Order*, the phrase used is “*droits légaux*”. In any event, the analysis in this case does not depend upon which version of the French text is used. Whether the French version reads “*droits acquis*” or “*droits légaux*”, the conclusion remains the same.

Per Abella, Wagner and Côté JJ. (dissenting): Alberta is constitutionally required to enact, print and publish its laws and regulations in both French and English. This is because the historic agreement between the Canadian government and the inhabitants of Rupert’s Land and the North-Western Territory contained a promise to protect legislative bilingualism. That agreement is constitutionally entrenched by virtue of the *1867 Address*, which stated that upon Great Britain’s agreeing to transfer the territories, Canada would provide for the “legal rights” of any individual therein.

The constitutional status of the *1867 Address* is reaffirmed in the modern context by virtue of it being annexed to the *1870 Order*, which is a constitutional document pursuant to s. 52(2)(b) of, and the Schedule, to the *Constitution Act, 1982*. The principles of constitutional interpretation must therefore be applied to the *1867 Address* in order to establish the meaning of the term “legal rights”. Properly understood, the constitutional compromise that gave rise to the promise to respect “legal rights” encompasses legislative bilingualism. Moreover, the case of *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234, is not dispositive because this Court did not undertake an analysis of the compromise underlying the *1870 Order*.

The historical context leads to the unavoidable conclusion that there was a historic compromise regarding legislative bilingualism. The *1867 Address* established a constitutional guarantee of legislative bilingualism throughout the territories annexed in 1870. The *Address* promised that, once the annexation took place, Canada would provide for the “legal rights” of any individual therein. By its very terms, this promise was a forward-looking undertaking that was meant to be shaped by subsequent negotiations. The meaning of its terms must therefore be informed by those negotiations.

et B ont raison, la Cour dans *Mercury* avait tort. Bien que le libellé de la version anglaise de l’*Adresse de 1867* soit demeuré inchangé, celui de la version française a été modifié au fil des ans. Dans la version initiale publiée dans les *Journaux de la Chambre des communes de la Puissance du Canada*, le terme « *legal rights* » est traduit par « droits acquis ». Or, dans le texte de l’*Adresse de 1867* qui finira par être annexé au *Décret de 1870*, c’est le terme « droits légaux » qui est employé. Quoi qu’il en soit, l’analyse dans la présente affaire n’est pas tributaire de l’une ou l’autre des versions françaises. La conclusion ne change pas, que le texte dise « droits acquis » ou « droits légaux ».

Les juges Abella, Wagner et Côté (dissidents) : L’Alberta a une obligation constitutionnelle d’édicter, d’imprimer et de publier ses lois et règlements en français et en anglais, et ce parce que l’entente historique conclue entre le gouvernement canadien et la population de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest contenait une promesse de protéger le bilinguisme législatif. Cette entente a été constitutionnalisée par le truchement de l’*Adresse de 1867*, aux termes de laquelle, advenant le consentement de la Grande-Bretagne au transfert des territoires, le Canada pourvoit à ce que les « droits acquis » de tout individu de ces régions soient protégés.

La valeur constitutionnelle de l’*Adresse de 1867* est à nouveau confirmée à l’époque moderne par le fait de son annexion au *Décret de 1870*, un document constitutionnel suivant l’al. 52(2)(b) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et l’annexe de cette dernière. Par conséquent, il faut appliquer les principes d’interprétation constitutionnelle à l’*Adresse de 1867* pour déterminer la signification du terme « droits acquis ». Correctement interprété, le compromis constitutionnel à la source de la promesse de respecter les « droits acquis » vise le bilinguisme législatif. En outre, l’arrêt *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234, ne permet pas de trancher la présente affaire, car la Cour n’a pas analysé le compromis sous-tendant le *Décret de 1870*.

Le contexte historique mène inévitablement à la conclusion qu’il y a eu un compromis historique en ce qui concerne le bilinguisme législatif. L’*Adresse de 1867* a consacré une garantie constitutionnelle de bilinguisme législatif dans l’ensemble des territoires annexés en 1870. L’*Adresse* promet qu’après l’annexion, le Canada pourvoit à ce que les « droits acquis » de tout individu de ces régions soient protégés. Selon ses propres termes, cette promesse constituait un engagement dont la forme serait finalisée par les négociations ultérieures. En conséquence, l’interprétation de ses termes doit se faire à la lumière de ces négociations.

The historical record shows convincingly that the territorial representatives demanded legislative bilingualism as a condition of annexation, and that the Canadian representatives accepted that demand without objection — indeed, with assurances that it would be met. This demand for legislative bilingualism and its acceptance by Canada were grounded in the pre-annexation linguistic rights and practices in the territories, including an established right to legislative bilingualism. This historical context shows that by the time the *1870 Order* annexed the territories to Canada, the Canadian government had come to accept that legislative bilingualism was among the rights of the territories' inhabitants. Thus, when the documents are properly interpreted in their entire context, legislative bilingualism was included in the promise of the *1867 Address* — itself incorporated into the *1870 Order* — to respect the inhabitants' "legal rights".

Specifically, the historical evidence shows that linguistic rights were of paramount importance to the inhabitants, and that they demanded and obtained a promise that these rights would be protected. This conclusion is reached on the basis of six overarching points. First, bilingualism was indisputably well established throughout Rupert's Land and the North-Western Territory in the period leading up to — and immediately following — the annexation. This was true of legislative bilingualism but also permeated the social and judicial fabric of the community.

At trial, the judge thoroughly canvassed the pre-1870 legislative and judicial practices in Rupert's Land. His findings of fact are entitled to deference and may be disturbed only on the basis of a palpable and overriding error. He found that legislative and judicial bilingualism had existed before the annexation, and extended throughout the territories. He concluded that the French language had had equal and official status before the annexation. These commitments to bilingualism illustrate how deeply the French language was rooted in the region, and the fact that it formed an important part of the context in which the deal took place.

Second, legislative bilingualism was consistently demanded in the negotiations and met with no resistance from the Canadian delegates, who were eager to reach a compromise with representatives of the inhabitants. Third, it was necessary to negotiate with those representatives in

Le dossier historique démontre de manière convaincante que les représentants des territoires ont fait du bilinguisme législatif une condition d'annexion et que non seulement leurs homologues canadiens ne s'y sont pas objectés, mais ils ont même donné l'assurance que cette condition serait respectée. Cette revendication du bilinguisme législatif et son acceptation par le Canada étaient fondées sur les droits et les pratiques linguistiques en cours dans les territoires avant l'annexion, dont le droit établi au bilinguisme législatif. Le contexte historique démontre qu'à l'époque où le *Décret de 1870* annexait les territoires au Canada, le gouvernement canadien avait fini par accepter que le bilinguisme législatif fasse partie des droits de la population des territoires. Par conséquent, l'interprétation juste des documents dans leur contexte intégral mène à la conclusion que le bilinguisme législatif était visé par la promesse contenue dans l'*Adresse de 1867* — annexée plus tard au *Décret de 1870* —, à savoir celle de respecter les « droits acquis » des habitants.

Plus précisément, la preuve historique révèle que les droits linguistiques revêtaient une importance primordiale pour la population et qu'elle avait revendiqué et obtenu la promesse que ces droits seraient respectés. Cette conclusion est fondée sur les six prémisses suivantes. Premièrement, le bilinguisme était incontestablement bien établi partout dans la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest durant la période précédant, et celle qui a immédiatement suivi, l'annexion. C'était non seulement le cas du bilinguisme législatif, mais le bilinguisme avait également pénétré le tissu social et judiciaire de la collectivité.

Au procès, le juge a examiné en détail les pratiques législatives et judiciaires qui avaient cours dans la Terre de Rupert avant 1870. La retenue est de mise à l'égard de ses conclusions factuelles, qui ne peuvent être modifiées que si elles sont entachées d'une erreur manifeste et dominante. Il a conclu que les bilinguismes législatif et judiciaire existaient avant l'annexion et qu'ils s'appliquaient dans l'ensemble des territoires. Il a également conclu que le français avait un statut officiel et égal à l'anglais avant l'annexion. Ces engagements en matière de bilinguisme illustrent à quel point le français était enraciné dans la région et formait une partie importante du contexte entourant l'entente.

Deuxièmement, le bilinguisme législatif a toujours fait partie des revendications lors des négociations, et les délégués canadiens, impatientes d'arriver à un compromis avec les représentants de la population, ne s'y sont pas opposés. Troisièmement, il était nécessaire de négocier avec

order to proceed with the annexation. Fourth, the Canadian and British governments made a number of promises that assured the inhabitants that bilingualism would be preserved. Fifth, the governments kept these promises and conducted themselves in accordance with them in the years immediately following the 1870 compromise. Sixth, these linguistic practices, the demands that they be maintained and the promises to maintain them applied throughout the territories and were not confined to the Red River Colony.

The result of the negotiations was the addition of two new regions to the Dominion of Canada. That these new regions entered the Dominion pursuant to different instruments is no reason to ignore the singular context of the negotiations. The creation of the Province of Manitoba and the explicit protection of minority language rights in that province cannot lead to an inference that no such rights existed in the North-Western Territory. Such an interpretation is inconsistent with fundamental principles of constitutional interpretation. Moreover, there is no evidence that the delegates simply capitulated and renounced their conditions as regards the extensive territory. The annexation was achieved not by conquest, but by negotiation.

The end result of the negotiations regarding legislative bilingualism was not the enactment of the *Manitoba Act, 1870* alone. Any other conclusion rests on the contrast between the *Manitoba Act, 1870* and the *1870 Order* and, in particular, on the fact that the latter contained no express reference to legislative bilingualism. This contrast is a “red herring” and is of no help in this case. These two instruments are not really comparable, as they did not come from the same legislative authorities — the *Manitoba Act, 1870* was passed by the Canadian Parliament, while the *1870 Order* was issued by the British authorities. Furthermore, the *1870 Order* contained an explicit promise to respect the “legal rights” of the inhabitants set out in the *1867 Address*. This promise encompassed the protection of legislative bilingualism. In addition, the *Manitoba Act, 1870* not only dealt with matters arising in the new province, but also in the territories. Therefore, a proper understanding of the safeguards for legislative bilingualism set out in the *Manitoba Act, 1870* is that they effectively extended to the newly created territories. Finally, the annexed territories fell under federal authority. It was therefore guaranteed pursuant to s. 133 of the *Constitution Act, 1867* that federal Acts applicable to the territories would be printed and published in both languages as a consequence of their being Acts of the Parliament of Canada.

ces derniers si l'on voulait procéder à l'annexion. Quatrièmement, les gouvernements canadien et britannique ont fait un certain nombre de promesses qui assuraient à la population la préservation du bilinguisme. Cinquièmement, les gouvernements ont tenu ces promesses et ont agi en conséquence dans les années qui ont immédiatement suivi le compromis de 1870. Sixièmement, ces pratiques linguistiques, de même que les revendications et promesses visant leur protection, s'étendaient à l'ensemble des territoires et n'étaient pas restreintes à la Colonie de la Rivière-Rouge.

Les négociations se sont soldées par l'ajout au Dominion du Canada de deux nouvelles régions. Et ce n'est pas parce que celles-ci sont entrées dans le Dominion par le jeu d'instruments différents qu'il faille faire abstraction du fait que le contexte des négociations était le même dans les deux cas. On ne peut inférer de la création du Manitoba et de la protection explicite des droits linguistiques de la minorité qui a alors été prévue pour cette province que de tels droits n'existaient pas dans le Territoire du Nord-Ouest. Une telle interprétation va à l'encontre des principes fondamentaux d'interprétation constitutionnelle. De plus, il n'y a aucune preuve permettant de conclure que les délégués avaient simplement capitulé et renoncé à leurs conditions à l'égard du vaste territoire. L'annexion s'est faite, non par conquête, mais par négociation.

Les négociations au sujet du bilinguisme législatif n'ont pas abouti seulement à la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. Toute autre conclusion repose sur le contraste entre cette loi et le *Décret de 1870* et, en particulier, sur l'absence de renvoi exprès au bilinguisme législatif dans le deuxième document. L'argument fait diversion et n'est d'aucune utilité en l'espèce. Il est difficile de comparer ces deux instruments puisqu'ils ne proviennent pas des mêmes organes législatifs. En effet, la *Loi de 1870 sur le Manitoba* fut adoptée par le Parlement canadien, et le *Décret de 1870*, par le gouvernement britannique. En outre, le *Décret de 1870* contient une promesse explicite quant au respect des « droits acquis » de la population, énoncée dans l'*Adresse de 1867*. Cette promesse comprenait la protection du bilinguisme législatif. Qui plus est, la *Loi de 1870 sur le Manitoba* visait les questions touchant non seulement la nouvelle province, mais également les territoires. En conséquence, une interprétation juste des garanties quant au bilinguisme législatif prévues dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba* est que ces garanties s'étendaient également dans les faits aux territoires nouvellement créés. Enfin, les territoires annexés relèveraient de l'autorité fédérale. En conséquence, l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* garantissait que les lois fédérales applicables aux territoires seraient imprimées et publiées dans les deux langues, s'agissant de lois du Parlement du Canada.

In sum, after the annexation, there were two Canadian legislatures that were competent to pass laws in the annexed territories — the new Manitoba legislature and the Parliament of Canada. Both were under a constitutional obligation to publish laws in English and French.

In addition to the historical context, there are three principles of constitutional interpretation that must inform any reading of the *1867 Address*. The first is that the Constitution must be interpreted in light of its historical, philosophical and linguistic context. The second is that constitutional provisions must be interpreted broadly and purposively. The third relates to the very nature of a constitution, which is an expression of the will of the people. The application of these principles to the *1867 Address* leads to the conclusion that it enshrined a constitutional guarantee of legislative bilingualism that applied throughout the territories annexed in 1870.

It can be seen from the historical record that legislative bilingualism was in effect throughout the territories before the annexation. In fact, the Parliament of Canada delivered the *1867 Address* in both languages. In the initial French version, the equivalent of the expression “legal rights” was “*droit acquis*”. This initial translation is significant because it provides insight into the drafters’ intent. The French term “*droit acquis*” is more naturally translated into English as “vested rights”. Such a right can be defined as one based on “very strong expectations the fulfilment of which citizens had just cause to count on”. This description of the rights that were to be respected and protected by Canada upon the transfer of the region is apt given the historical context. Canada was making a commitment in relation to the annexation of the territories. The meaning of the term “legal rights” is therefore anchored in the context of the transfer — it refers to the “vested rights” of the inhabitants. And legislative bilingualism was one of them.

In addition, representatives of the territories demanded legislative bilingualism as a peremptory condition for annexation, and this demand was met with no resistance from Canada. On the contrary, Canadian representatives offered clear assurances that legislative bilingualism in the territories would unquestionably be provided for.

Read against this background, the *1867 Address* enshrined the promise of legislative bilingualism, and this interpretation is supported by subsequent documents, notably the *Royal Proclamation* of 1869. Finally, nothing in the *Manitoba Act, 1870* negates this reading; indeed,

Bref, après l’annexion, deux assemblées législatives canadiennes avaient compétence pour adopter des lois dans les territoires annexés : la nouvelle législature du Manitoba et le Parlement du Canada. Toutes deux avaient l’obligation constitutionnelle de publier leurs lois en anglais et en français.

Outre le contexte historique, trois principes d’interprétation constitutionnelle doivent guider l’interprétation de l’*Adresse de 1867*. Selon le premier, la Constitution doit être interprétée à la lumière de ses contextes historique, philosophique et linguistique. Selon le deuxième, les dispositions constitutionnelles doivent faire l’objet d’une interprétation large et téléologique. Le troisième est de l’essence même d’une constitution, laquelle représente l’expression de la volonté d’un peuple. L’application de ces principes à l’*Adresse de 1867* mène à la conclusion qu’elle consacre une garantie constitutionnelle de bilinguisme législatif applicable dans l’ensemble des territoires annexés en 1870.

Il ressort du dossier historique que le bilinguisme législatif existait dans l’ensemble des territoires avant l’annexion. En effet, le Parlement du Canada a prononcé l’*Adresse de 1867* dans les deux langues. Dans la version française initiale, l’équivalent de l’expression « *legal rights* » était « *droits acquis* ». Cette traduction initiale est importante, car elle est révélatrice de l’intention des rédacteurs. Le terme « *droit acquis* », plus naturellement traduit en anglais par « *vested right* », est défini comme un droit fondé sur des « attentes très fortes, sur la réalisation desquelles les citoyens avaient eu un juste sujet de compter ». Voilà qui décrit bien ces droits — que le Canada allait respecter et protéger après le transfert de la région — vu le contexte historique. Le Canada prenait un engagement en vue de l’annexion des territoires. La signification de l’expression anglaise « *legal rights* » est par conséquent ancrée dans le contexte de ce transfert — il s’agit des « *droits acquis* » de la population. Et au nombre de ces droits acquis figurait le bilinguisme législatif.

Également, les représentants des territoires avaient réclamé le bilinguisme législatif comme condition *sine qua non* d’annexion, et leur demande ne s’était heurtée à aucune résistance à cet égard de la part du Canada. Au contraire, les représentants canadiens ont donné l’assurance non équivoque que le bilinguisme législatif dans les territoires serait indubitablement respecté.

En raison de ce contexte, on peut conclure que l’*Adresse de 1867* a consacré la promesse de bilinguisme législatif, une interprétation qu’étaient des documents ultérieurs, dont la *Proclamation royale* de 1869. Enfin, rien dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba* ne vient contredire

that Act effectively ensured that legislative bilingualism would continue to prevail throughout the territories after the annexation.

In short, the historical record clearly shows that there was an agreement to protect legislative bilingualism throughout the annexed territories. This agreement was constitutionally enshrined in the *1870 Order*, which incorporated the *1867 Address*, as is confirmed by the events of that period.

Cases Cited

By Cromwell and Karakatsanis JJ.

Explained: *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234; *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261; **referred to:** *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623, rev'g 2007 MBQB 293, 223 Man. R. (2d) 42; *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698; *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768; *Reference re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839; *Reference re Authority of Parliament in relation to the Upper House*, [1980] 1 S.C.R. 54; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 41; *R. v. Blais*, 2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236; *Attorney General of Manitoba v. Forest*, [1979] 2 S.C.R. 1032; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *R. v. Sappier*, 2004 NBCA 56, 273 N.B.R. (2d) 93; *R. v. Marshall*, 2003 NSCA 105, 218 N.S.R. (2d) 78; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *R. v. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78; *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371; *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique v. British Columbia*, 2013 SCC 42, [2013] 2 S.C.R. 774; *DesRochers v. Canada (Industry)*, 2009 SCC 8, [2009] 1 S.C.R. 194.

By Wagner and Côté JJ. (dissenting)

R. v. Mercure, [1988] 1 S.C.R. 234; *R. v. Paquette*, [1990] 2 S.C.R. 1103; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Reference re Supreme Court*

cette interprétation. En effet, cette loi a effectivement assuré la continuité du bilinguisme législatif dans l'ensemble des territoires après l'annexion.

Bref, le dossier historique démontre clairement l'existence d'une entente qui protégeait le bilinguisme législatif dans l'ensemble des territoires annexés. Cette entente a été constitutionnalisée dans le *Décret de 1870* — auquel l'*Adresse de 1867* est annexée —, comme le confirment les événements de l'époque.

Jurisprudence

Citée par les juges Cromwell et Karakatsanis

Arrêts expliqués : *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234; *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261; **arrêts mentionnés :** *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, inf. 2007 MBQB 293, 223 Man. R. (2d) 42; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839; *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 41; *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236; *Procureur général du Manitoba c. Forest*, [1979] 2 R.C.S. 1032; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *R. c. Sappier*, 2004 NBCA 56, 273 R.N.-B. (2^e) 93; *R. c. Marshall*, 2003 NSCA 105, 218 N.S.R. (2d) 78; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *R. c. Caron*, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78; *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371; *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2013 CSC 42, [2013] 2 R.C.S. 774; *DesRochers c. Canada (Industrie)*, 2009 CSC 8, [2009] 1 R.C.S. 194.

Citée par les juges Wagner et Côté (dissidents)

R. c. Mercure, [1988] 1 R.C.S. 234; *R. c. Paquette*, [1990] 2 R.C.S. 1103; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi relatif à la Loi sur la*

Act, ss. 5 and 6, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Ross River Dena Council v. Canada (Attorney General)*, 2013 YKCA 6, 337 B.C.A.C. 299; *General Motors Acceptance Corp. of Canada Ltd. v. Perozni* (1965), 52 W.W.R. 32; *Sinclair v. Mulligan* (1886), 3 Man. L.R. 481, aff'd (1888), 5 Man. L.R. 17; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623, rev'g 2007 MBQB 293, 223 Man. R. (2d) 42; *R. v. Lefebvre* (1986), 74 A.R. 81; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1992] 1 S.C.R. 212; *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768; *Reference re Authority of Parliament in relation to the Upper House*, [1980] 1 S.C.R. 54; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Acts respecting the North-West Territories, S.C. 1891, c. 22, s. 18.
Alberta Act, S.C. 1905, c. 3 (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 20), s. 16.
Colonial Laws Validity Act, 1865 (U.K.), 28 & 29 Vict., c. 63, s. 2.
Constitution Act, 1867, ss. 93, 133, 146.
Constitution Act, 1871 (U.K.), 34 & 35 Vict., c. 28 (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 11), s. 6.
Constitution Act, 1982, s. 52(2)(b), Sch.
Languages Act, R.S.A. 2000, c. L-6.
Manitoba Act, 1870, S.C. 1870, c. 3 (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 8), preamble, ss. 23, 35.
North-West Territories Act, R.S.C. 1886, c. 50, s. 110 [rep. & sub. 1891, c. 22, s. 18].
North-West Territories Act, 1875, S.C. 1875, c. 49.
North-West Territories Act, 1877, S.C. 1877, c. 7, s. 11.
North-West Territories Representation Act, 1886, S.C. 1886, c. 24.
Royal Proclamation (1869).
Rupert's Land Act, 1868 (U.K.), 31 & 32 Vict., c. 105 (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 6), ss. 3, 5.
Rupert's Land and North-Western Territory Order (1870) (U.K.) (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 9), Schs. A, B.
Saskatchewan Act, S.C. 1905, c. 42 (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 21), s. 16.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 47.

Cour suprême, art. 5 et 6, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Ross River Dena Council c. Canada (Attorney General)*, 2013 YKCA 6, 337 B.C.A.C. 299; *General Motors Acceptance Corp. of Canada Ltd. c. Perozni* (1965), 52 W.W.R. 32; *Sinclair c. Mulligan* (1886), 3 Man. L.R. 481, conf. par (1888), 5 Man. L.R. 17; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, inf. 2007 MBQB 293, 223 Man. R. (2d) 42; *R. c. Lefebvre* (1986), 74 A.R. 81; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1992] 1 R.C.S. 212; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257.

Lois et règlements cités

Acte de la représentation des Territoires du Nord-Ouest, 1886, S.C. 1886, c. 24.
Acte de la Terre de Rupert, 1868 (R.-U.), 31 & 32 Vict., c. 105 (reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 6), art. 3, 5.
Acte des territoires du Nord-Ouest, S.R.C. 1886, c. 50, art. 110 [abr. & rempl. 1891, c. 22, art. 18].
Acte des Territoires du Nord-Ouest, 1875, S.C. 1875, c. 49.
Acte des Territoires du Nord-Ouest, 1877, S.C. 1877, c. 7, art. 11.
Acte modifiant les actes concernant les territoires du Nord-Ouest, S.C. 1891, c. 22, art. 18.
Colonial Laws Validity Act, 1865 (R.-U.), 28 & 29 Vict., c. 63, art. 2.
Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest (1870) (R.-U.) (reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 9), céd. A, B.
Gouvernement provisoire de la Terre de Rupert, 1869, S.C. 1869, c. 3 (reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 7), art. 5.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 93, 133, 146.
Loi constitutionnelle de 1871 (R.-U.), 34 & 35 Vict., c. 28 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 11), art. 6.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(2)(b), ann.
Loi de 1870 sur le Manitoba, S.C. 1870, c. 3 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 8), préambule, art. 23, 35.

Temporary Government of Rupert's Land Act, 1869, S.C. 1869, c. 3 (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 7), s. 5.

Traffic Safety Act, R.S.A. 2000, c. T-6, ss. 115(2)(p), 160(1).

Use of Highway and Rules of the Road Regulation, Alta. Reg. 304/2002, s. 34(2).

Authors Cited

Aunger, Edmund A. "Pouvoir à ce que les droits acquis soient respectés: la cause *Caron* et la protection constitutionnelle du bilinguisme officiel dans l'Ouest canadien", dans Sophie Bouffard et Peter Dorrington, dir., *Le statut du français dans l'Ouest canadien: la cause Caron*. Montréal: Yvon Blais, 2014, 59.

Begg, Alexander. *History of the North-West*, vol. I. Toronto: Hunter, Rose & Co., 1894.

Canada. Chambre des communes. *Journaux de la Chambre des communes de la Puissance du Canada*, vol. I, 1^{re} sess., 1^{er} lég., 12 décembre 1867, p. 68.

Canada. *Correspondence Relative to the Recent Disturbances in the Red River Settlement*. London: William Clowes & Sons, 1870.

Canada. House of Commons. *Debates of the House of Commons*, vol. LXXIII, 1st Sess., 10th Parl., June 27, 1905, p. 8242.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, 1st Sess., 1st Parl., December 4, 5, 6, 9 and 11, 1867, pp. 181, 183, 194-96, 200, 203, 205, 208, 222-25, 244, 254.

Canada. Select Committee on the Causes of the Difficulties in the North-West Territory in 1869-70. *Report of the Select Committee on the Causes of the Difficulties in the North-West Territory in 1869-70*. Ottawa: I. B. Taylor, 1874.

Canada. Senate. *Debates of the Senate*, 4th Sess., 3rd Parl., April 9, 1877, p. 319.

Canada. *Sessional Papers*, vol. V, 3rd Sess., 1st Parl., 1870, No. 12.

Foucher, Pierre. "Le statut constitutionnel de la Proclamation royale de 1869", dans Sophie Bouffard et Peter Dorrington, dir., *Le statut du français dans l'Ouest canadien: la cause Caron*. Montréal: Yvon Blais, 2014, 177.

Gibson, Dale, with Lee Gibson and Cameron Harvey. *Attorney for the Frontier: Enos Stutsman*. Winnipeg: University of Manitoba Press, 1983.

Loi linguistique, R.S.A. 2000, c. L-6.

Loi sur l'Alberta, S.C. 1905, c. 3 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n^o 20), art. 16.

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 47.

Loi sur la Saskatchewan, S.C. 1905, c. 42 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n^o 21), art. 16.

Proclamation royale (1869).

Traffic Safety Act, R.S.A. 2000, c. T-6, art. 115(2)(p), 160(1).

Use of Highway and Rules of the Road Regulation, Alta. Reg. 304/2002, art. 34(2).

Doctrine et autres documents cités

Atlas historique du Canada, t. II, *La transformation du territoire : 1800-1891*, éd. française par Jean-Claude Robert, dir., Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1993.

Aunger, Edmund A. « Pouvoir à ce que les droits acquis soient respectés : la cause *Caron* et la protection constitutionnelle du bilinguisme officiel dans l'Ouest canadien », dans Sophie Bouffard et Peter Dorrington, dir., *Le statut du français dans l'Ouest canadien : la cause Caron*, Montréal, Yvon Blais, 2014, 59.

Begg, Alexander. *History of the North-West*, vol. I, Toronto, Hunter, Rose & Co., 1894.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, 1^{re} sess., 1^{er} lég., 4, 5, 6, 9 et 11 décembre 1867, p. 181, 183, 194-196, 200, 203, 205, 208, 222-225, 244, 254.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. LXXIII, 1^{re} sess., 10^e lég., 27 juin 1905, p. 8436.

Canada. Chambre des communes. *Journaux de la Chambre des communes de la Puissance du Canada*, vol. I, 1^{re} sess., 1^{er} lég., 12 décembre 1867, p. 68.

Canada. Comité spécial sur les causes des troubles du Territoire du Nord-Ouest en 1869-70. *Rapport du Comité spécial sur les causes des troubles du Territoire du Nord-Ouest en 1869-70*, Ottawa, I. B. Taylor, 1874.

Canada. *Documents de la session*, vol. V, 3^e sess., 1^{er} lég., 1870, n^o 12.

Canada. Sénat. *Debates of the Senate*, 4th Sess., 3rd Parl., April 9, 1877, p. 319.

Foucher, Pierre. « Le statut constitutionnel de la Proclamation royale de 1869 », dans Sophie Bouffard et Peter Dorrington, dir., *Le statut du français dans l'Ouest canadien : la cause Caron*, Montréal, Yvon Blais, 2014, 177.

Gibson, Dale, with Lee Gibson and Cameron Harvey. *Attorney for the Frontier : Enos Stutsman*, Winnipeg, University of Manitoba Press, 1983.

- Great Britain. House of Commons. Select Committee on the Hudson's Bay Company. *Report from the Select Committee on the Hudson's Bay Company; Together with the Proceedings of the Committee, Minutes of Evidence, Appendix and Index*. London: HMSO, 1858.
- Historical Atlas of Canada*, vol. II, *The Land Transformed: 1800-1891*, by R. Louis Gentilcore, Don Measner and Ronald H. Walder, eds. Toronto: University of Toronto Press, 1993.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Toronto: Carswell, 2007 (updated 2014, release 1).
- Mignault, P.-B. *Le droit civil canadien*, t. I. Montréal: C. Théorêt, 1895.
- Morton, W. L. *Manitoba: The Birth of a Province*. Altona, Man.: Friesen & Sons, 1965.
- New Nation (The)*, February 4 and 11, 1870.
- Oliver, E. H., ed. *The Canadian North-West: Its Early Development and Legislative Records*, vol. I. Ottawa: Government Printing Bureau, 1914.
- Oliver, E. H., ed. *The Canadian North-West: Its Early Development and Legislative Records*, vol. II. Ottawa: Government Printing Bureau, 1915.
- Stanley, George F. G. *The Birth of Western Canada: A History of the Riel Rebellions*. London: Longmans, Green and Co., 1936.
- Stubbs, Roy St. George. *Four Recorders of Rupert's Land: A Brief Survey of the Hudson's Bay Company Courts of Rupert's Land*. Winnipeg: Peguis Publishers, 1967.
- Thomas, Lewis Herbert. *The Struggle for Responsible Government in the North-West Territories: 1870-97*, 2nd ed. Toronto: University of Toronto Press, 1978.
- Grande-Bretagne. *Correspondance et documents relatifs aux événements récemment survenus dans les Territoires du Nord-Ouest*, Ottawa, I. B. Taylor, 1870.
- Grande-Bretagne. House of Commons. Select Committee on the Hudson's Bay Company. *Report from the Select Committee on the Hudson's Bay Company; Together with the Proceedings of the Committee, Minutes of Evidence, Appendix and Index*, London, HMSO, 1858.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Toronto, Carswell, 2007 (updated 2014, release 1).
- Mignault, P.-B. *Le droit civil canadien*, t. I, Montréal, C. Théorêt, 1895.
- Morton, W. L. *Manitoba : The Birth of a Province*, Altona (Man.), Friesen & Sons, 1965.
- New Nation (The)*, February 4 and 11, 1870.
- Oliver, E. H., dir. *Le Nord-Ouest canadien : son évolution primitive et ses archives législatives*, vol. I, Ottawa, Imprimerie du Gouvernement, 1916.
- Oliver, E. H., dir. *Le Nord-Ouest canadien : son évolution primitive et ses archives législatives*, vol. II, Ottawa, J. de L. Taché, 1919.
- Stanley, George F. G. *The Birth of Western Canada : A History of the Riel Rebellions*, London, Longmans, Green and Co., 1936.
- Stubbs, Roy St. George. *Four Recorders of Rupert's Land : A Brief Survey of the Hudson's Bay Company Courts of Rupert's Land*, Winnipeg, Peguis Publishers, 1967.
- Taché, Alexandre A. *L'amnistie*, Montréal, Le Nouveau monde, 1874.
- Thomas, Lewis Herbert. *The Struggle for Responsible Government in the North-West Territories : 1870-97*, 2nd ed., Toronto, University of Toronto Press, 1978.

APPEALS from a judgment of the Alberta Court of Appeal (O'Brien, Slatter and Rowbotham JJ.A.), 2014 ABCA 71, 92 Alta. L.R. (5th) 306, 569 A.R. 212, 606 W.A.C. 212, 306 C.C.C. (3d) 515, 301 C.R.R. (2d) 255, [2014] 6 W.W.R. 74, [2014] A.J. No. 173 (QL), 2014 CarswellAlta 282 (WL Can.), affirming a decision of Eidsvik J., 2009 ABQB 745, 23 Alta. L.R. (5th) 321, 476 A.R. 198, [2010] 8 W.W.R. 318, [2009] A.J. No. 1468 (QL), 2009 CarswellAlta 2188 (WL Can.), setting aside the acquittals entered by Wenden Prov. Ct. J., 2008 ABPC 232, 95 Alta. L.R. (4th) 307, 450 A.R. 204, [2008] 12 W.W.R. 675, [2008] A.J. No. 855 (QL), 2008 CarswellAlta 1046 (WL Can.). Appeals dismissed, Abella, Wagner and Côté JJ. dissenting.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges O'Brien, Slatter et Rowbotham), 2014 ABCA 71, 92 Alta. L.R. (5th) 306, 569 A.R. 212, 606 W.A.C. 212, 306 C.C.C. (3d) 515, 301 C.R.R. (2d) 255, [2014] 6 W.W.R. 74, [2014] A.J. No. 174 (QL), 2014 CarswellAlta 283 (WL Can.), qui a confirmé une décision de la juge Eidsvik, 2009 ABQB 745, 23 Alta. L.R. (5th) 321, 476 A.R. 198, [2010] 8 W.W.R. 318, [2009] A.J. No. 1468 (QL), 2009 CarswellAlta 2189 (WL Can.), qui avait infirmé les acquittements prononcés par le juge Wenden de la Cour provinciale, 2008 ABPC 232, 95 Alta. L.R. (4th) 307, 450 A.R. 204, [2008] 12 W.W.R. 675, [2008] A.J. No. 855 (QL), 2008 CarswellAlta 1046 (WL Can.). Pourvois rejetés, les juges Abella, Wagner et Côté sont dissidents.

Roger J. F. Lepage, Francis P. Poulin and Romain Baudemont, for the appellant Gilles Caron.

Sébastien Grammond, Allan Damer, Mark C. Power, François Larocque and Justin Dubois, for the appellant Pierre Boutet.

Peter P. Taschuk, Q.C., Teresa R. Haykowsky, David D. Risling and Randy Steele, for the respondent.

Alain Préfontaine and Catherine A. Lawrence, for the intervener the Attorney General of Canada.

Graeme G. Mitchell, Q.C., for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Kevin P. Feehan, Q.C., and *Anna Loparco*, for the interveners the Alberta Catholic School Trustees' Association, Conseil scolaire Centre-Nord No. 2 and Denis Lefebvre.

Mark C. Power, Justin Dubois and François Larocque, for the intervener Association canadienne-française de l'Alberta.

Kevin Shaar and Christine Ruest Norrena, for the intervener the Commissioner of Official Languages of Canada.

Roger J. F. Lepage and Francis P. Poulin, for the intervener Assemblée communautaire fransaskoise.

Nicolas M. Rouleau, for the intervener Fédération des associations de juristes d'expression française de common law inc.

The judgment of McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ. was delivered by

CROMWELL AND KARAKATSANIS JJ. —

I. Introduction

[1] These appeals sit at a contentious crossroads in Canadian constitutional law, the intersection of

Roger J. F. Lepage, Francis P. Poulin et Romain Baudemont, pour l'appelant Gilles Caron.

Sébastien Grammond, Allan Damer, Mark C. Power, François Larocque et Justin Dubois, pour l'appelant Pierre Boutet.

Peter P. Taschuk, c.r., Teresa R. Haykowsky, David D. Risling et Randy Steele, pour l'intimée.

Alain Préfontaine et Catherine A. Lawrence, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Graeme G. Mitchell, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Kevin P. Feehan, c.r., et *Anna Loparco*, pour les intervenants Alberta Catholic School Trustees' Association, le Conseil scolaire Centre-Nord No. 2 et Denis Lefebvre.

Mark C. Power, Justin Dubois et François Larocque, pour l'intervenante l'Association canadienne-française de l'Alberta.

Kevin Shaar et Christine Ruest Norrena, pour l'intervenant le commissaire aux langues officielles du Canada.

Roger J. F. Lepage et Francis P. Poulin, pour l'intervenante l'Assemblée communautaire fransaskoise.

Nicolas M. Rouleau, pour l'intervenante la Fédération des associations de juristes d'expression française de common law inc.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Gascon rendu par

LES JUGES CROMWELL ET KARAKATSANIS —

I. Introduction

[1] Les présents pourvois se situent à un carrefour litigieux en droit constitutionnel canadien, à

minority language rights and provincial legislative powers. The province of Alberta's *Languages Act*, R.S.A. 2000, c. L-6, provides that laws may be enacted in English only. The appellants claim that this is unconstitutional. While they take no issue with the general rule that the language of provincial legislation is a matter for the Province to decide, they say that an exception to this general rule applies here: there is a constitutional right, from which the Province may not derogate, to have Alberta laws enacted in both English and French. We will refer to this as a right to legislative bilingualism. The Province maintains that there is no such right.

[2] The appellants' arguments take us back to the period leading up to 1870 when the vast western territory under the control of the Hudson's Bay Company ("HBC") became part of Canada. The terms of this Canadian expansion were largely the result of negotiations and agreement between Canadian officials and representatives of the territories. The result was that the new province of Manitoba was added by the *Manitoba Act, 1870*, S.C. 1870, c. 3. Further, the remainder of what had been the North-Western Territory and Rupert's Land — a vast land mass including most of what is now Alberta, Saskatchewan, Nunavut, the Yukon, the Northwest Territories, and parts of Ontario and Quebec — was annexed as a new Canadian territory under federal administration by the 1870 *Rupert's Land and North-Western Territory Order* (U.K.) (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 9) (the "1870 Order"). The *Manitoba Act, 1870* expressly provided for legislative bilingualism. The *1870 Order* did not.

[3] The appellants contend, however, that legislative bilingualism was in fact guaranteed for both areas and therefore extends to the modern province of Alberta, which was created out of the new territory. Their argument is intricate and has changed over time, but rests on one key proposition: an assurance

l'intersection des droits linguistiques de la minorité et des pouvoirs législatifs provinciaux. Suivant la *Loi linguistique* de l'Alberta, R.S.A. 2000, c. L-6, les lois peuvent être édictées dans cette province en anglais seulement. Les appelants prétendent que cela est inconstitutionnel. Ils ne contestent pas la règle générale voulant que la question de la langue de la législation dans la province ressortisse à celle-ci, mais font valoir qu'une exception à cette règle générale s'applique dans le cas qui nous occupe. Selon eux, un droit constitutionnel, auquel la Province ne peut déroger, obligerait l'édition des lois albertaines en anglais et en français. Dans les présents motifs, nous utiliserons le terme droit au bilinguisme législatif pour renvoyer à ce concept. La Province soutient qu'il n'existe pas de tel droit.

[2] Les arguments des appelants concernent la période antérieure à l'annexion au Canada, en 1870, du vaste territoire à l'ouest qui se trouvait jusqu'alors administré par la Compagnie de la Baie d'Hudson (la « Compagnie »). Les conditions de cette expansion du territoire canadien résultaient en grande partie des négociations entre les hauts fonctionnaires canadiens et les représentants des territoires et de l'entente intervenue entre eux. Il en a découlé l'admission du Manitoba à titre de nouvelle province par le truchement de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.C. 1870, c. 3. En outre, le reste des terres appelées Territoire du Nord-Ouest et Terre de Rupert — une vaste étendue correspondant à ce qui représente en gros l'Alberta, la Saskatchewan, le Nunavut, le Yukon, les Territoires du Nord-Ouest et des régions de l'Ontario et du Québec — a été annexé comme territoire canadien administré par le fédéral par l'effet du *Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest* (R.-U.) (reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 9) pris en 1870 (le « Décret de 1870 »). La *Loi de 1870 sur le Manitoba* prévoit expressément le bilinguisme législatif, ce qui n'est pas le cas du *Décret de 1870*.

[3] Les appelants font valoir que le bilinguisme législatif était garanti dans les faits dans les deux régions et s'applique donc dans l'actuelle province d'Alberta, qui a été créée à partir du nouveau territoire. Leur argument, s'il est complexe et s'est modifié au fil du temps, s'appuie toujours sur cette

given by Parliament in 1867 (the “1867 Address”) that it would respect the “legal rights of any corporation, company, or individual” in the western territories must be understood as a promise of legislative bilingualism. And that promise is an entrenched constitutional right because the *1867 Address* became Schedule A to the *1870 Order* which created the new western Canadian territory and which is part of the Constitution of Canada by virtue of s. 52(2)(b) and the Schedule to the *Constitution Act, 1982*.

[4] The appellants’ position, however, is inconsistent with the text, context, and purpose of the documents on which they rely and must be rejected. The words “legal rights” or “*droits acquis*” / “*droits légaux*”, read in their full context and in light of their purpose, simply cannot bear the weight the appellants seek to attach to them. Specifically:

- (i) Never in Canada’s constitutional history have the words “legal rights” been taken to confer linguistic rights;
- (ii) Legislative bilingualism is expressly provided for in the *Manitoba Act, 1870* but is not mentioned in either the *1867 Address* or the *1870 Order*, the documents upon which the appellants rely. It is inconceivable that such an important right, if it were granted, would not have been granted in explicit language as it was in the Canadian Constitution and in the *Manitoba Act, 1870*, which was enacted at the same time as the *1870 Order* was made;
- (iii) The contemporary discussions show that neither Canada nor the representatives of the territories ever considered that the promise to respect “legal rights” in the *1867 Address* referred to linguistic rights;
- (iv) The contemporary evidence also shows that the territorial representatives themselves

prémisse fondamentale, à savoir que la promesse faite par le Parlement en 1867 (l’« *Adresse de 1867* ») selon laquelle il respectera les « droits acquis de toute Corporation, Compagnie ou Individu » dans les territoires de l’Ouest concerne le bilinguisme législatif et que cette promesse est devenue un droit constitutionnel de par l’annexion, à la cédule A, de l’*Adresse de 1867* au *Décret de 1870*, qui a créé le nouveau territoire canadien de l’ouest et est inscrit dans la Constitution du Canada en vertu de l’al. 52(2)(b) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de l’annexe à cette loi.

[4] Or, la thèse des appelants ne respecte pas le texte, le contexte, ni l’objet des documents qu’ils invoquent et doit donc être rejetée. Les termes « droits acquis » ou « droits légaux » (en anglais « *legal rights* »), à la lumière de l’intégralité du contexte et de leur objet, ne sauraient recevoir l’interprétation que voudraient leur donner les appelants. Voyons pourquoi :

- (i) Dans l’histoire constitutionnelle du Canada, jamais les mots « droits acquis » ou « droits légaux » n’ont servi à conférer des droits linguistiques;
- (ii) Le bilinguisme législatif est prévu expressément dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, mais n’est mentionné ni dans l’*Adresse de 1867* ni dans le *Décret de 1870*, les documents sur lesquels l’argument des appelants est fondé. Il est inconcevable qu’un droit si important ait été conféré — s’il l’a effectivement été — sans recours à des termes explicites comme ceux utilisés dans la Constitution et dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, adoptée parallèlement au *Décret de 1870*.
- (iii) Les discussions de l’époque démontrent que ni le Canada ni les représentants des territoires ne croyaient que la promesse quant au respect des « droits acquis » que comporte l’*Adresse de 1867* visait les droits linguistiques;
- (iv) La preuve datant de cette époque démontre également que les représentants territoriaux

considered that their linguistic rights had been assured through the *Manitoba Act, 1870*, not the *1867 Address* or the *1870 Order*;

- (v) Federal legislation and debates surrounding it in relation to the new North-West Territories in 1875 and 1877 show that no one involved thought that there had been any guarantee of legislative bilingualism in 1870; and
- (vi) In 1988, this Court held in *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234, that there was no entrenched right to legislative bilingualism in Saskatchewan and the constitutional position of Alberta on this point is indistinguishable. If the appellants are right, *Mercure* was wrong.

[5] There is, of course, no question that linguistic duality and linguistic rights with respect to French and English are deeply rooted in our history and reflect our fundamental principles of constitutionalism and the protection of minorities. They are basic to the very idea of Canada. The Court must, as it has often affirmed, “take special care to be faithful to the spirit and purpose of the guarantee of language rights”: *Mercure*, at p. 269, quoting *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549, at p. 564. The Court must also be mindful, however, that federalism — another fundamental constitutional principle — recognizes a large measure of “autonomy of provincial governments to develop their societies within their respective spheres of jurisdiction”: *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 58. We must be equally faithful to the spirit and purpose of all of these fundamental constitutional principles.

[6] We therefore cannot, as the appellants ask us to do, allow the pursuit of language rights to trample on areas of clear provincial legislative jurisdiction. Neither can we resolve the tension arising from the interplay of fundamental constitutional principles, as

eux-mêmes estimaient que leurs droits linguistiques avaient été protégés par la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, et non par l’*Adresse de 1867* ou le *Décret de 1870*;

- (v) Les lois fédérales relatives aux nouveaux Territoires du Nord-Ouest de 1875 et 1877 et les débats entourant leur adoption démontrent qu’aucun des participants ne croyait que le bilinguisme législatif avait été garanti en 1870;
- (vi) En 1988, la Cour dans l’arrêt *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234, a conclu à l’inexistence d’un droit constitutionnel au bilinguisme législatif en Saskatchewan, et la position de l’Alberta sur le plan constitutionnel à cet égard ne peut être distinguée de celle de sa voisine. Si les appelants ont raison, la Cour dans *Mercure* avait tort.

[5] Bien entendu, il ne fait aucun doute que la dualité linguistique et les droits linguistiques, en ce qui a trait au français et à l’anglais, sont profondément enracinés dans notre histoire et reflètent les principes fondamentaux que sont le constitutionnalisme et la protection des minorités. Ils appartiennent à l’essence même du Canada. Comme la Cour l’a souvent réitéré, il nous incombe de nous « efforcer particulièrement de rester fidèles à l’esprit et à l’objet des droits linguistiques » (*Mercure*, p. 269, citant *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549, p. 564). Toutefois, la Cour doit également garder à l’esprit que le fédéralisme, un autre principe constitutionnel fondamental, doit reconnaître la large mesure d’« autonomie dont les gouvernements provinciaux disposent pour assurer le développement de leur société dans leurs propres sphères de compétence » (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 58). Nous devons rester également fidèles à l’esprit et à l’objet de tous ces principes constitutionnels fondamentaux.

[6] Par conséquent, nous ne pouvons permettre que la poursuite des droits linguistiques empiète sur une matière de compétence clairement provinciale, comme nous le demandent les appelants. Il nous est également impossible de résoudre la tension générée

the appellants ask us to do, by resorting to broad and uncontroversial generalities, or by infusing vague phrases with improbable meanings. Rather, we must examine the text, context and purpose of our Constitution to see whether there is a constitutional constraint on the power of the province of Alberta to decide in what language or languages it will enact its legislation.

[7] Having done so, our view is that there is no such constraint and that the appeals must be dismissed.

II. Overview of the Litigation

[8] This dispute had an inauspicious beginning when Gilles Caron and Pierre Boutet were charged with traffic offences under an Alberta law and regulation: s. 34(2) of the *Use of Highway and Rules of the Road Regulation*, Alta. Reg. 304/2002; ss. 160(1) and 115(2)(p) of the *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, c. T-6. Both claimed the law and regulation were unconstitutional because they were not enacted or published in French, and further that the *Alberta Languages Act* was inoperative to the extent that it abrogates what they claimed was a constitutional obligation on the part of Alberta to enact, print, and publish its laws and regulations in both French and English.

[9] Their challenge was successful at trial (2008 ABPC 232, 95 Alta. L.R. (4th) 307), but was rejected by the summary conviction appeal court (2009 ABQB 745, 23 Alta. L.R. (5th) 321), and by the Court of Appeal (2014 ABCA 71, 92 Alta. L.R. (5th) 306). The main issue now before this Court, as set out in the first constitutional question stated by the Chief Justice, is whether the “*Languages Act* [is] *ultra vires* or inoperative insofar as it abrogates a constitutional duty owed by Alberta to enact, print and publish its laws and regulations in English and in French”.

par l’interaction de principes constitutionnels fondamentaux, comme nous le demandent les appelants, à l’aide de grandes généralités qui ne soulèvent point la controverse ou en attribuant à des phrases vagues un sens improbable. Il nous faut plutôt examiner le texte, le contexte et l’objet de notre Constitution pour déterminer si une limite de nature constitutionnelle restreint le pouvoir de l’Alberta de décider la langue ou les langues dans lesquelles elle édicte ses lois.

[7] Il ressort de cet examen, à notre avis, qu’il n’existe pas de telle limite et qu’il faut rejeter les appels.

II. Survol du litige

[8] L’affaire avait des débuts peu prometteurs. Gilles Caron et Pierre Boutet ont été accusés d’infractions routières prévues dans une loi et un règlement albertains (par. 34(2) du *Use of Highway and Rules of the Road Regulation*, Alta. Reg. 304/2002; par. 160(1) et al. 115(2)(p) de la *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, c. T-6). Les deux hommes prétendent que la loi et le règlement sont inconstitutionnels parce qu’ils n’ont été ni édictés ni publiés en français et ils font également valoir que la *Loi linguistique* de l’Alberta est inopérante dans la mesure où elle abroge ce qui constitue à leur avis une obligation constitutionnelle incombant à l’Alberta, à savoir celle d’édicter, d’imprimer et de publier ses lois et règlements en français et en anglais.

[9] Leur contestation a été acceptée par la juridiction de première instance (2008 ABPC 232, 95 Alta. L.R. (4th) 307), mais rejetée par la cour d’appel des poursuites sommaires (2009 ABQB 745, 23 Alta. L.R. (5th) 321) et par la Cour d’appel (2014 ABCA 71, 92 Alta. L.R. (5th) 306). La principale question que la Cour doit trancher, telle qu’elle a été libellée dans la première question constitutionnelle énoncée par la Juge en chef, est de savoir si la « *Loi linguistique* [. . .] est *ultra vires* ou sans effet dans la mesure où elle abroge une obligation constitutionnelle de l’Alberta d’édicter, d’imprimer et de publier ses lois et ses règlements en français et en anglais ».

III. Historical and Legislative Background

[10] The issues in this case are situated in a complex historical and legislative context. It will be helpful before turning to the legal issues to provide a brief outline of that background.

A. *The Initial Confederation and the Plans for Expansion*

[11] On July 1, 1867, the provinces of Canada, Nova Scotia and New Brunswick united to form Canada under constitutional arrangements set out in an Imperial statute now known as the *Constitution Act, 1867*. Linguistic rights were, of course, a key issue in the discussions leading to this union. The *Constitution Act, 1867* explicitly addressed legislative bilingualism in its s. 133, which provides:

133. Either the English or the French Language may be used by any Person in the Debates of the Houses of the Parliament of Canada and of the Houses of the Legislature of Quebec; and both those Languages shall be used in the respective Records and Journals of those Houses; and either of those Languages may be used by any Person or in any Pleading or Process in or issuing from any Court of Canada established under this Act, and in or from all or any of the Courts of Quebec.

The Acts of the Parliament of Canada and of the Legislature of Quebec shall be printed and published in both those Languages.

[12] At that time, the vast territories to the west and northwest of the new Dominion were known as Rupert's Land and the North-Western Territory. They were controlled by the HBC. It operated a fur trade under Royal Charter, and exercised various governmental functions, including a legal system (*Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623, at paras. 20-23; *Mercure*, at pp. 287-88). As the provincial court judge found, the use of French was a feature of life

III. Contexte législatif et historique

[10] Les questions dont nous sommes saisis s'inscrivent dans un contexte historique et législatif complexe. Avant d'entreprendre l'examen des questions sur le plan juridique, il serait utile d'en esquisser le contexte.

A. *La Confédération initiale et les plans d'expansion*

[11] Le 1^{er} juillet 1867, les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick s'unissent pour former le Canada, aux termes d'arrangements constitutionnels énoncés dans une loi impériale que l'on connaît maintenant sous le titre de *Loi constitutionnelle de 1867*. Bien entendu, les droits linguistiques constituent un point important dans les discussions qui mèneront à l'union. La *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit expressément le bilinguisme législatif à son art. 133, qui est ainsi rédigé :

133. Dans les chambres du parlement du Canada et les chambres de la législature de Québec, l'usage de la langue française ou de la langue anglaise, dans les débats, sera facultatif; mais dans la rédaction des archives, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire; et dans toute plaidoirie ou pièce de procédure par-devant les tribunaux ou émanant des tribunaux du Canada qui seront établis sous l'autorité de la présente loi, et par-devant tous les tribunaux ou émanant des tribunaux de Québec, il pourra être fait également usage, à faculté, de l'une ou de l'autre de ces langues.

Les lois du parlement du Canada et de la législature de Québec devront être imprimées et publiées dans ces deux langues.

[12] À l'époque, les vastes territoires à l'ouest et au nord-ouest du nouveau Dominion (ou Puissance), appelés Terre de Rupert et Territoire du Nord-Ouest, sont administrés par la Compagnie. Elle y fait la traite de fourrures en vertu d'une charte royale et exerce diverses fonctions gouvernementales, dont celles d'un système juridique (*Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, par. 20-23; *Mercure*, p. 287-288). L'usage du français est une réalité

in the territories at that time. The *Constitution Act, 1867* anticipated that these two western territories might eventually become part of the new Dominion of Canada. Section 146 authorized the Queen to admit Rupert's Land and the North-Western Territory into Confederation "on Address from the Houses of the Parliament of Canada" and "on such Terms and Conditions in each Case as are in the Addresses expressed and as the Queen thinks fit to approve". Thus, the procedure for annexation contemplated a formal request from the Canadian Parliament setting out the proposed terms of annexation, which Her Majesty could then approve or not.

[13] The addresses that were ultimately made leading to the annexation of these territories are critical to the appellants' contention that there is an entrenched constitutional right to legislative bilingualism that binds the province of Alberta.

B. *The Addresses*

[14] In December 1867, the Parliament of Canada delivered an address to the Queen asking the Imperial Parliament to "unite Rupert's Land and the North-Western Territory with this Dominion" and to grant Canada authority to legislate in respect of the territories (*1867 Address*). As part of the address, Canada promised that, in the event of a transfer, Canada "will be ready to provide that the legal rights of any corporation, company, or individual within the same shall be respected". The appellants attach great weight to the undertaking by Canada in this *1867 Address* to respect the "legal rights" of those in the territories, submitting that when read in their full context, these words gave assurance that there would be legislative bilingualism in the territories and hence in what eventually became the province of Alberta.

[15] Although the English text of the *1867 Address* remains unchanged, the French text has evolved over time. In the initial version published in the *Journaux de la Chambre des communes de la Puissance du Canada*, the phrase "legal rights"

quotidienne dans les territoires à l'époque selon le juge de la cour provinciale. La *Loi constitutionnelle de 1867* envisage la possibilité que ces deux territoires situés à l'ouest entrent dans le nouveau Dominion du Canada. L'article 146 dispose que la Reine peut admettre la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest dans la Confédération « sur la présentation d'adresses de la part des chambres du Parlement du Canada » et « aux termes et conditions, dans chaque cas, qui seront exprimés dans les adresses et que la Reine jugera convenable d'approuver ». Ainsi, la procédure d'annexion prévoit la présentation d'une demande formelle du Parlement canadien énonçant les modalités de l'annexion, qu'il est loisible ou non à Sa Majesté d'approuver.

[13] Les adresses présentées en vue de l'annexion de ces territoires constituent des éléments cruciaux de la prétention des appelants selon laquelle un droit constitutionnel au bilinguisme législatif lie l'Alberta.

B. *Les Adresses*

[14] En décembre 1867, le Parlement du Canada présente une adresse à la Reine demandant au Parlement impérial d'« unir la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest à la Puissance du Canada » et d'accorder au Canada le pouvoir de légiférer à l'égard de ces territoires (*l'Adresse de 1867*). Dans l'adresse, le Canada promet que, dans l'éventualité d'un transfert, ses organes « seront prêts à pourvoir à ce que les droits acquis de toute Corporation, Compagnie ou Individu de ces régions soient respectés ». Les appelants accordent une grande valeur à l'engagement pris par le Canada dans *l'Adresse de 1867* selon lequel il respectera les « droits acquis » des personnes dans ces territoires. Ils font valoir que ces mots, pris dans leur contexte global, donnaient l'assurance que le bilinguisme législatif s'appliquerait dans les territoires et, partant, dans ce qui deviendrait par la suite l'Alberta.

[15] Bien que le libellé de la version anglaise de *l'Adresse de 1867* soit demeuré inchangé, celui de la version française a été modifié au fil des ans. Dans la version initiale publiée dans les *Journaux de la Chambre des communes de la Puissance du*

is translated as “*droits acquis*” (vol. I, 1st Sess., 1st Parl., December 12, 1867). But in the text of the *1867 Address* that was eventually annexed as a schedule to the *1870 Order*, the phrase used is “*droits légaux*”. We also note that the French constitutional drafting committee later recommended a third version of the *1867 Address*, which simply used the word “*droits*”. However, Parliament did not adopt this recommendation. In any event, our analysis does not depend upon which version of the French text is used. Whether the French version reads “*droits acquis*” or “*droits légaux*”, our conclusion remains the same.¹

[16] The Imperial government initially refused Canada’s request set out in the *1867 Address*. It preferred to see a negotiated admission of the territories into Canada. Canada was thus compelled to undertake negotiations with the HBC in order to convince the Imperial government to accede to the transfer.

[17] In the ensuing negotiations, Canada agreed to pay the HBC £300,000 and to allow it to retain some land around its trading posts. In May 1869, the Canadian Parliament adopted a second address, which asked the Queen to annex Rupert’s Land on the conditions agreed to with the HBC and provide for the incorporation of Rupert’s Land into Canada (*1870 Order*, Schedule B (the “*1869 Address*”). As part of the *1869 Address*, Parliament authorized and empowered the Governor in Council “to arrange any details that may be necessary to carry out the terms and conditions of the above agreement”.

[18] Over the course of the subsequent months in 1869 and 1870, the HBC surrendered its charter to the British Crown in preparation for annexation of the territories by Canada.

Canada, le terme « *legal rights* » est traduit par « *droits acquis* » (vol. I, 1^{re} sess., 1^{re} lég., 12 décembre 1867). Or, dans le texte de l’*Adresse de 1867* qui finira par être annexé au *Décret de 1870*, c’est le terme « *droits légaux* » qui est employé. Signalons également que le comité de rédaction constitutionnelle française recommandera plus tard une troisième version de l’*Adresse de 1867*, dans laquelle figure simplement le mot « *droits* ». Toutefois, le Parlement n’adoptera pas cette recommandation. Quoi qu’il en soit, notre analyse n’est pas tributaire de l’une ou l’autre des versions françaises. Notre conclusion ne change pas, que le texte dise « *droits acquis* » ou « *droits légaux* »¹.

[16] Le gouvernement impérial commence par refuser la demande du Canada énoncée dans l’*Adresse de 1867*. Il préfère une admission négociée des territoires dans le Canada. Le Canada se trouve donc contraint d’entreprendre des négociations avec la Compagnie pour convaincre le gouvernement impérial d’accéder au transfert.

[17] Dans le cadre des négociations, le Canada accepte de verser 300 000 £ à la Compagnie et de lui permettre de conserver des terres à proximité de ses postes de traite. En mai 1869, le Parlement canadien adopte une seconde adresse, dans laquelle il demande à la Reine la permission d’annexer la Terre de Rupert aux conditions approuvées par la Compagnie et de prévoir l’entrée de ce territoire dans le Canada (*Décret de 1870*, cédula B (l’« *Adresse de 1869* »)). Dans l’*Adresse de 1869*, le Parlement autorise le gouverneur en conseil « à régler tous les détails qui seront nécessaires pour la mise à exécution de la convention ci-dessus ».

[18] Au cours des mois suivants, en 1869 et en 1870, la Compagnie remet sa charte à la Couronne britannique en vue de l’annexion des territoires par le Canada.

¹ There is some disagreement as to the constitutional status of the French version of the *1867 Address*. However, in our view, the analysis does not change if one looks to the French version.

¹ Le statut constitutionnel de la version française de l’*Adresse de 1867* ne fait pas l’unanimité. Or, à notre avis, notre raisonnement ne change pas, que l’on examine la version anglaise ou la version française de ce texte.

C. *Opposition to Annexation*

[19] The prospect of annexation led to unrest in the territories, particularly in the major population centre of the Red River Settlement. In November 1869, a group of inhabitants blocked the entry of Canada's proposed Lieutenant Governor of the new territory. Shortly thereafter, a group of Métis inhabitants, including Louis Riel, seized control of Upper Fort Garry in the Red River Settlement. Riel summoned representatives of the English- and French-speaking parishes. These representatives and others subsequently formed a provisional government.

[20] In the months that followed, the representatives issued a number of demands that Canada would have to satisfy before they would accept Canadian control. These demands took the form of "Lists of Rights": one produced in December 1869, another in February 1870, and another in March 1870.

[21] Among the items listed was the demand that "the English and French languages be common in the Legislature and Courts, and that all public documents and Acts of the Legislature be published in both languages" (second List of Rights, art. 12, reproduced in *Sessional Papers*, vol. V, 3rd Sess., 1st Parl., 1870, No. 12, app., at p. 11; see also Prov. Ct. reasons, at paras. 208-12; Queen's Bench reasons, at paras. 65-83; W. L. Morton, *Manitoba: The Birth of a Province* (1965), at pp. 242-50). This demand reflected the practice of the time in the territories. The representatives also demanded that both Rupert's Land and the North-Western Territory should enter Canada as a province named Assiniboia, that the bargain with the HBC over annexation should be annulled, and that all future public infrastructure should be at the cost of the federal government (third List of Rights, Archives of Manitoba, Red River Disturbance collection, SIS 4/B/10).

[22] Canada treated these activities as acts of rebellion. The Governor General issued the 1869

C. *Opposition à l'annexion*

[19] La perspective d'une annexion entraîne des troubles dans les territoires, tout particulièrement dans la Colonie de la Rivière-Rouge, une importante agglomération. En novembre 1869, un groupe d'habitants interdit l'entrée au lieutenant-gouverneur proposé par le Canada pour le nouveau territoire. Peu après, un groupe de Métis dont fait partie Louis Riel prend Upper Fort Garry dans la Colonie de la Rivière-Rouge. Riel convoque des représentants des paroisses anglophones et francophones. Ces représentants forment ensuite avec d'autres un gouvernement provisoire.

[20] Au cours des mois qui suivent, les représentants énoncent certaines revendications auxquelles le Canada doit accéder pour faire accepter sa prise de contrôle. Ces demandes sont exprimées sous forme de « Listes des droits » (ou « Déclarations des droits ») : une première est produite en décembre 1869, une deuxième, en février 1870 et une troisième, en mars 1870.

[21] Au nombre des exigences énumérées figure celle-ci : « L'usage des langues anglaise et française sera facultatif dans la législature et les cours de justice, et tous les documents publics et les actes de la législature seront publiés dans les deux langues » (deuxième Déclaration des droits, art. 12, reproduite dans les *Documents de la session*, vol. V, 3^e sess., 1^{re} lég., 1870, n^o 12, ann., p. 12; voir aussi les motifs de la C. prov., par. 208-212; motifs de la Cour du Banc de la Reine, par. 65-83; W. L. Morton, *Manitoba : The Birth of a Province* (1965), p. 242-250). Cette revendication traduit l'usage qui a cours à l'époque dans les territoires. Les représentants exigent également que la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest entrent dans le Canada à titre de province, la province de l'Assiniboine; que l'entente conclue avec la Compagnie en vue de l'annexion soit annulée et que tous les travaux publics à construire le soient aux frais du gouvernement du Canada (troisième Liste des droits, Archives du Manitoba, Red River Disturbance collection, SIS 4/B/11).

[22] Le Canada assimile ces activités à des actes de rébellion. Le 6 décembre 1869, le gouverneur

Royal Proclamation on December 6, 1869 (“1869 *Proclamation*”), referring to the “sorrow and displeasure with which the Queen views the unreasonable and lawless proceedings which have occurred” (reproduced in *Sessional Papers*, No. 12, at pp. 43-44). It assured the residents that

on the union with Canada all your civil and religious rights and privileges will be respected, your properties secured to you, and that your Country will be governed, as in the past, under British laws, and in the spirit of British justice. [Emphasis added.]

The appellants also rely on the emphasized words as being evidence of a guarantee of legislative bilingualism.

D. *The Creation of the New Province of Manitoba and the New North-Western Territory in 1870*

[23] As this Court explained in *Manitoba Metis*, the Canadian government subsequently adopted “a conciliatory course” (para. 28). Canadian representative Donald Smith met with Riel and members of the provisional government in early 1870 to discuss their concerns. While Smith noted that final authority rested with Parliament, he assured the representatives that he would communicate their demands to Ottawa (Court of Appeal reasons, at para. 130; *The New Nation*, February 11, 1870).² Canada subsequently invited a delegation to Ottawa to present the demands of the settlers. Three delegates from the provisional government travelled to Ottawa in April 1870 to negotiate: Father Ritchot, a priest; Judge Black, a judge; and Alfred Scott, a local businessman. They met and negotiated with Prime Minister John A. Macdonald and the Minister of Militia and Defence, George-Étienne Cartier. There is little evidence regarding the substance of these negotiations.

² Riel was left unsatisfied with Smith’s representations on the part of the Canadian government, stating to Smith: “You are embarrassed. I see you are a gentleman and do not wish to press you. I see that the Canadian Government has not given you all the confidence which they ought to have put in your hands. At the same time we will hear your opinion, although we are satisfied you cannot grant us, nor guarantee us anything by the nature of your commission” (*The New Nation*, February 11, 1870, at p. 4).

général signe la *Proclamation royale* de 1869 (la « *Proclamation de 1869* ») qui fait état « du chagrin et du déplaisir avec lesquels la Reine regarde les actes déraisonnables et illégaux qui ont eu lieu » (reproduite dans les *Documents de la session*, n° 12, p. 45-46). Aux termes de la *Proclamation*, les résidents sont assurés des éléments suivants :

... sous l’union avec le Canada, tous vos droits et privilèges civils et religieux seront respectés, vos propriétés vous seront garanties, et que votre pays sera gouverné, comme par le passé, d’après les lois anglaises et dans l’esprit de la justice britannique. [Nous soulignons.]

Les appelants invoquent également les mots soulignés et font valoir qu’ils démontrent l’existence d’une garantie quant au bilinguisme législatif.

D. *La création de la nouvelle province du Manitoba et le nouveau Territoire du Nord-Ouest en 1870*

[23] Comme la Cour l’explique dans l’arrêt *Manitoba Metis*, le gouvernement canadien décide « de se montrer conciliant » (par. 28). Le représentant canadien Donald Smith rencontre Riel et les membres du gouvernement provisoire au début de 1870 pour discuter de leurs préoccupations. Tout en rappelant que c’est le Parlement qui a le dernier mot, Smith promet aux représentants de faire part de leurs revendications à Ottawa (motifs de la Cour d’appel, par. 130; *The New Nation*, 11 février 1870)². Le Canada invite ensuite à Ottawa une délégation qui y présentera les demandes des colons. Trois délégués du gouvernement provisoire se rendent à Ottawa en avril 1870 pour négocier : le père Ritchot, un prêtre, le juge Black et Alfred Scott, un homme d’affaires de la région. Ils négocient avec le premier ministre, John A. Macdonald, et le ministre de la Milice et de la Défense, George-Étienne Cartier. Il existe peu de renseignements sur la teneur de ces négociations.

² Insatisfait des réponses que le gouvernement canadien lui communique par la bouche de Smith, Riel déclare à celui-ci : [TRADUCTION] « Vous êtes mal à l’aise. Je vois que vous êtes un homme d’honneur et je ne veux pas insister indûment. Je constate que le gouvernement canadien ne vous a pas accordé toute la confiance qu’il aurait dû vous donner. Cela étant, nous allons écouter votre opinion, bien que nous soyons conscients que vous ne pouvez nous accorder, ni nous garantir, quoi que ce soit de par la nature même de votre mandat » (*The New Nation*, 11 février 1870, p. 4).

However, the representatives were ultimately unsuccessful in securing agreement that the entire territories would enter Canada as a province. Instead, a compromise was reached whereby only a small portion of the territories — the new province of Manitoba — would join the Dominion as a province, and the rest of the territories would be annexed to Canada as a new territory under Parliament's jurisdiction.

[24] As agreed, Parliament passed the *Manitoba Act, 1870* in May 1870, which created the province of Manitoba out of part of the territories; this included the Red River Settlement within its boundaries. In June 1870, the Queen in Council issued the *1870 Order*, which ordered the admission of Rupert's Land and the North-Western Territory into Canada as a territory on the terms and conditions set forth in the addresses made by Canada. The *1867 Address* and the *1869 Address* were attached as schedules to the *1870 Order*. The *1870 Order*, with its schedules, was subsequently included in the schedule to the *Constitution Act, 1982*.

[25] Thus, the result of the annexation process was the creation of one province, Manitoba, with the remaining annexed territory comprising the North-Western Territory (later known as the North-west Territories). In 1869, in anticipation of these annexations, Canada had enacted the *Temporary Government of Rupert's Land Act, 1869*, S.C. 1869, c. 3. Following the passage of the *Manitoba Act, 1870*, the remainder of the annexed lands outside the new province continued to be governed under this interim scheme. Parliament subsequently enacted *The North-West Territories Act, 1875*, S.C. 1875, c. 49, which established a legislative assembly and a court of civil and criminal jurisdiction in the North-West Territories.

[26] It was out of the North-West Territories that the provinces of Alberta and Saskatchewan would be created in 1905: *Alberta Act*, S.C. 1905, c. 3; *Saskatchewan Act*, S.C. 1905, c. 42.

Toutefois, les représentants ne réussissent pas à obtenir que les territoires en entier entrent dans le Canada comme une seule province. Ils parviennent néanmoins à un compromis, selon lequel seule une petite partie des territoires — la nouvelle province du Manitoba — entrera dans le Dominion à titre de province, tandis que le reste des territoires sera annexé au Canada à titre de nouveau territoire et relèvera du Parlement.

[24] Comme convenu, le Parlement adopte la *Loi de 1870 sur le Manitoba* en mai 1870, qui a pour effet de créer la province du Manitoba à partir d'une partie de ces territoires, dont la Colonie de la Rivière-Rouge. En juin 1870, la Reine en conseil prend le *Décret de 1870*, qui ordonne l'admission de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest dans le Canada à titre de territoire aux termes et conditions énoncés dans les Adresses présentées par le Canada. Les *Adresses* de 1867 et de 1869 sont annexées au *Décret de 1870*, qui sera inscrit, avec ses annexes, à l'annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[25] Par conséquent, il résulte de l'annexion la création d'une province, le Manitoba, et l'admission dans le Canada du reste du territoire du Nord-Ouest (plus tard appelé Territoires du Nord-Ouest). En 1869, en prévision du transfert des territoires, le Canada adopte une loi intitulée *Gouvernement provisoire de la Terre de Rupert, 1869*, S.C. 1869, c. 3. Après l'adoption de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, les autres terres annexées non comprises dans la nouvelle province continueront d'être gouvernées selon ce régime provisoire. Le Parlement adopte par la suite l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest, 1875*, S.C. 1875, c. 49, qui établit une assemblée législative et une cour de juridiction civile et criminelle dans ce territoire.

[26] Les provinces d'Alberta et de la Saskatchewan sont détachées des Territoires du Nord-Ouest en 1905 (*Loi sur l'Alberta*, S.C. 1905, c. 3; *Loi sur la Saskatchewan*, S.C. 1905, c. 42).

IV. AnalysisA. *Overview of the Position of the Parties*

[27] The appellants contend that there is a constitutional right to legislative bilingualism in Alberta. The origin of this right, they argue, is an historic agreement reached between the Canadian government and the inhabitants of Rupert's Land and the North-Western Territory that cleared the way for the transfer of the territories to Canada.

[28] The appellants' main argument is that the right to legislative bilingualism was entrenched by the *1870 Order* in which the Canadian Parliament assured the Queen that Canada would respect the "legal rights" of the population of Rupert's Land and the North-Western Territory upon transfer to Canada. This assurance is found in the *1867 Address*, which is attached as a schedule to the *1870 Order*. The relevant passage reads as follows:

That in the event of your Majesty's Government agreeing to transfer to Canada the jurisdiction and control over the said region, the Government and Parliament of Canada will be ready to provide that the legal rights of any corporation, company, or individual within the same shall be respected, and placed under the protection of Courts of competent jurisdiction. [Emphasis added.]

[29] In this Court, the appellants rely in particular on the French version of the *1867 Address*, in which "legal rights" is translated as "*droits acquis*" / "*droits légaux*".

[30] The appellants argue that in the context of the unrest in the Red River Settlement, the Lists of Rights, and the negotiations with the inhabitants of the territories, the promise to respect "legal rights" or "*droits acquis*" / "*droits légaux*" constitutionalized an historic compromise to protect legislative bilingualism in the entirety of the territories transferred to Canada in 1870 — which includes the modern-day province of Alberta. According to the appellants, this constitutional guarantee prevents the Province from legislating in a manner that would

IV. AnalyseA. *Survol de la thèse des parties*

[27] Les appelants prétendent qu'il existe un droit constitutionnel au bilinguisme législatif en Alberta. Ce droit émane, selon eux, d'une entente historique intervenue entre le gouvernement canadien et les habitants de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest, entente qui a permis le transfert de ces territoires au Canada.

[28] Les appelants soutiennent essentiellement que le droit au bilinguisme législatif a été constitutionnalisé par le truchement du *Décret de 1870*, par lequel le Parlement canadien a donné à la Reine l'assurance que le Canada respecterait les « droits acquis » de la population de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest après le transfert de ces derniers dans le giron canadien. Cette assurance est énoncée dans l'*Adresse de 1867* — qui sera plus tard annexée au *Décret de 1870* — et dont voici le passage pertinent :

Que dans le cas où le Gouvernement de Votre Majesté consentirait à donner juridiction et contrôle au *Canada* sur ces régions, le Gouvernement et le Parlement du *Canada* seront prêts à pourvoir à ce que les droits acquis de toute Corporation, Compagnie ou Individu de ces régions soient respectés et placés sous la protection de Cours de Justice de juridiction compétente . . . [Nous soulignons.]

[29] Les appelants invoquent devant notre Cour tout particulièrement les versions françaises de l'*Adresse de 1867*, dans lesquelles l'expression « *legal rights* » est rendue soit par « droits acquis » soit par « droits légaux ».

[30] Les appelants font valoir que, dans le contexte des troubles dans la Colonie de la Rivière-Rouge, des Listes des droits et des négociations avec les habitants des territoires, la promesse de respecter les « droits acquis » ou « droits légaux » (« *legal rights* ») a eu pour effet de constitutionnaliser un compromis historique visant à protéger le bilinguisme législatif dans l'ensemble des territoires transférés au Canada en 1870, lesquels comprenaient l'actuelle province d'Alberta. Selon eux, cette garantie constitutionnelle empêche la Province

undermine legislative bilingualism, an area otherwise within its exclusive competence.

[31] The appellants also rely on events following the transfer of the territories to support their argument. They see evidence that the *1870 Order* entrenched an obligation of bilingual governance throughout the entire annexed territories because (1) there was, in effect, bilingual administration of the North-Western Territory beginning in 1870; and (2) Parliament had to legislate in French and English with regard to the territories under its jurisdiction in accordance with s. 133 of the *Constitution Act, 1867*. To the appellants, this shows that the inhabitants of the territories were successful in obtaining entrenched bilingual governance throughout the entire annexed lands.

[32] The appellant Mr. Caron also argues that the Governor General of Canada promised to guarantee legislative bilingualism in the transferred territories because he assured the population in the *1869 Proclamation* that “on the union with Canada all your civil and religious rights and privileges will be respected”. This promise, once again, would be entrenched by the *1870 Order* because the latter empowers the Governor in Council to “arrange any details” necessary to carry out the annexation process. In Mr. Caron’s view, the promise embodied in the *1869 Proclamation* would therefore be a “detail” that was necessary to arrange.

[33] The respondent maintains that there is no such guarantee in the *1870 Order* or anywhere else. The documents relied upon by the appellants stand in stark contrast to the *Manitoba Act, 1870*, with its specific guarantee of language rights, and other documents of the time. Accordingly, there was no corresponding constitutional obligation that could have bound Alberta from the time of its creation.

[34] As we see it, there are many fundamental flaws in the appellants’ position. We will outline why we think so after turning briefly to the governing interpretative principles.

de légiférer de manière à miner le bilinguisme législatif, matière qui relève par ailleurs de sa sphère de compétence exclusive.

[31] Au soutien de leur thèse, les appelants invoquent également des événements survenus après le transfert des territoires. Selon eux, les faits suivants prouvent que le *Décret de 1870* a constitutionnalisé une obligation d’administration bilingue dans l’ensemble des territoires annexés : (1) le Territoire du Nord-Ouest était effectivement administré dans les deux langues depuis 1870; (2) conformément à l’art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement devait légiférer en français et en anglais à l’égard des territoires relevant de sa compétence. De l’avis des appelants, ces faits montrent que les habitants des territoires ont réussi à obtenir la garantie d’administration bilingue pour l’ensemble des terres annexées.

[32] M. Caron fait également valoir que le gouverneur général du Canada aurait promis de garantir le bilinguisme législatif dans les territoires transférés, par sa promesse à la population, énoncée dans la *Proclamation de 1869*, selon laquelle « sous l’union avec le Canada, tous vos droits et privilèges civils et religieux seront respectés ». Cette promesse serait également consacrée par le *Décret de 1870*, car ce dernier habilitait le gouverneur en conseil à « régler tous détails » nécessaires à l’annexion. Selon M. Caron, la promesse inscrite dans la *Proclamation de 1869* constituait donc un de ces « détails » à régler.

[33] L’intimée soutient qu’il n’existe aucune garantie de la sorte, ni dans le *Décret de 1870*, ni ailleurs. Les documents que les appelants invoquent contrastent nettement avec la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, laquelle comporte une garantie expresse relative aux droits linguistiques, et d’autres documents datant de cette époque. Selon elle, il n’existe donc aucune obligation constitutionnelle semblable qui aurait lié l’Alberta depuis sa création.

[34] À notre avis, la thèse des appelants comporte des lacunes fondamentales. Nous expliquons pourquoi après une courte analyse des principes directeurs d’interprétation.

B. *Guiding Principles of Interpretation*

[35] Constitutional documents should be interpreted in a large and liberal manner: see *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698, at para. 23. Moreover, important guiding principles apply in relation to language rights and the protection of minorities. Language rights must be interpreted purposively and remedially, “in a manner consistent with the preservation and development of official language communities in Canada”: *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, at para. 25, citing *Reference re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839, at p. 850; *Reference re Secession of Quebec*. When looking at historical rights involving minorities, we must be mindful that, even at the time of Confederation, the protection of minority rights was “an essential consideration in the design of our constitutional structure”: *Reference re Secession of Quebec*, at para. 81, citing *Reference re Authority of Parliament in relation to the Upper House*, [1980] 1 S.C.R. 54, at p. 71.

[36] These important principles, however, do not undermine the primacy of the written text of the Constitution: *Reference re Secession of Quebec*, at para. 53. The Constitution, the Court has emphasized, “should not be regarded as an empty vessel to be filled with whatever meaning we might wish from time to time”: *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 394; see also *British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 41 (“*Vancouver Island Railway (Re)*”); P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 15-50.

[37] As Iacobucci J. observed in *Vancouver Island Railway (Re)*: “Although constitutional terms must be capable of growth, constitutional interpretation must nonetheless begin with the language of the constitutional law or provision in question” (p. 88). More recently, this Court in *R. v. Blais*, 2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236, cautioned that courts are

B. *Principes directeurs d’interprétation*

[35] Il convient de donner une interprétation large et libérale aux documents constitutionnels (voir le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698, par. 23). De plus, d’importants principes directeurs s’appliquent à l’égard des droits linguistiques et de la protection des minorités. Les droits linguistiques doivent recevoir une interprétation téléologique qui apporte une solution de droit, « de façon compatible avec le maintien et l’épanouissement des collectivités de langue officielle au Canada » (*R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, par. 25, citant le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839, p. 850; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*). Lorsqu’on examine les droits historiques concernant les minorités, il faut se rappeler que, même à l’époque de la Confédération, la protection des droits des minorités était considérée comme « un facteur essentiel dans l’élaboration de notre structure constitutionnelle » (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 81, citant le *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54, p. 71).

[36] Cependant, si importants soient-ils, ces principes ne peuvent avoir préséance sur le texte écrit de la Constitution (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 53). Comme l’explique la Cour, la Constitution « ne saurait être considérée comme un simple contenant, à même de recevoir n’importe quelle interprétation qu’on pourrait vouloir lui donner » (*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 394; voir aussi *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 41 (« *Chemin de fer de l’Île de Vancouver (Re)* »); P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), p. 15-50).

[37] Comme le fait remarquer le juge Iacobucci dans l’arrêt *Chemin de fer de l’Île de Vancouver (Re)* : « Bien que les dispositions constitutionnelles doivent être susceptibles d’évoluer, l’interprétation en la matière doit néanmoins commencer par l’examen du texte de la loi ou de la disposition constitutionnelle en cause » (p. 88). Plus récemment, dans

“not free to invent new obligations foreign to the original purpose of the provision”; rather, “[t]he analysis must be anchored in the historical context of the provision” (para. 40).

[38] Thus, we must assess the appellants’ arguments by looking at the ordinary meaning of the language used in each document, the historical context, and the philosophy or objectives lying behind the words and guarantees. We cannot simply resort to the historical evidence of the desires and demands of those negotiating the entry of the territories, and presume that those demands were fully granted. It is obvious that they were not. The Court must generously interpret constitutional linguistic rights, not create them.

C. *Analysis of the Appellants’ Submissions*

[39] For many reasons, we reject the appellants’ submission that the guarantee of legal rights in the *1867 Address* created a constitutional right to legislative bilingualism.

- (1) Never in Canada’s Constitutional History Have the Words “Legal Rights” Been Understood to Confer Linguistic Rights — Contemporaneous Guarantees of Language Rights Were Explicit and Clear

[40] As our brief historical overview shows, linguistic rights have always been dealt with expressly from the beginning of our constitutional history. Language rights were dealt with explicitly in s. 133 of the *Constitution Act, 1867* and in the *Manitoba Act, 1870* in very similar and very clear terms. The total absence of similar wording in the contemporaneous *1870 Order* counts heavily against the appellants’ contention that the terms “legal rights” or “*droits acquis*” / “*droits légaux*” in the *1867 Address*

l’arrêt *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236, notre Cour précise que les tribunaux n’ont pas « carte blanche pour inventer de nouvelles obligations sans rapport avec l’objectif original de la disposition en litige »; « [l]’analyse » doit plutôt « être ancrée dans le contexte historique de la disposition » (par. 40).

[38] Par conséquent, il faut évaluer les arguments des appelants en examinant le sens ordinaire des mots employés dans chaque document, le contexte historique ainsi que la philosophie ou les objectifs qui sont à la base des termes et des garanties. Nous ne pouvons nous contenter de recourir aux documents historiques faisant état des souhaits et des revendications de ceux qui ont négocié l’entrée des territoires dans la Confédération et présumer qu’il avait été accédé entièrement à ces revendications. De toute évidence, ce n’est pas le cas. La Cour doit donner une interprétation généreuse aux droits linguistiques constitutionnels; elle ne doit pas en créer de nouveaux.

C. *Analyse des arguments des appelants*

[39] Pour plusieurs raisons, nous rejetons l’argument des appelants selon lequel la garantie quant aux droits acquis figurant dans l’*Adresse de 1867* a eu pour effet de créer un droit constitutionnel au bilinguisme législatif.

- (1) Dans l’histoire constitutionnelle du Canada, jamais les mots « droits acquis » ou « droits légaux » n’ont servi à conférer des droits linguistiques — les garanties en matière de droits linguistiques étaient claires et explicites à l’époque

[40] Comme le démontre notre bref historique, les droits linguistiques ont toujours été conférés de manière expresse, et ce dès le début de notre histoire constitutionnelle. L’article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et la *Loi de 1870 sur le Manitoba* traitent expressément des droits linguistiques au moyen de dispositions très similaires et on ne peut plus claires. L’absence totale d’un libellé similaire dans le *Décret de 1870*, adopté à la même époque, affaiblit sérieusement l’argument

(attached to that order) should be understood to include language rights.

[41] The year 1867 saw both the Confederation of Canada and the adoption by Parliament of the *1867 Address*. As our colleagues note, the negotiations surrounding Confederation turned in no small part on the issue of language rights. When these rights were addressed in the *Constitution Act, 1867*, they were addressed explicitly, not by means of implied inclusion in a general term such as “legal rights”.

[42] Subsequently, the *Manitoba Act, 1870* and the *1870 Order* formed a comprehensive political arrangement regarding annexation. Section 23 of the *Manitoba Act, 1870* expressly provided for legislative bilingualism in terms very similar to those found in s. 133 of the *Constitution Act, 1867*:

23. [English and French languages to be used] Either the English or the French language may be used by any person in the debates of the Houses of the Legislature, and both those languages shall be used in the respective Records and Journals of those Houses; and either of those languages may be used by any person, or in any Pleading or Process, in or issuing from any Court of Canada established under the Constitution Act, 1867, or in or from all or any of the Courts of the Province. The Acts of the Legislature shall be printed and published in both those languages.

[43] The *Constitution Act, 1871* (U.K.), 34 & 35 Vict., c. 28, an Imperial statute, confirmed the *Manitoba Act, 1870* and provided that the Canadian Parliament could not amend it: s. 6. In contrast, there is no similar express reference to legislative bilingualism in the *1870 Order* or the *1867 Address* annexed to it.

des appelants selon lequel les expressions « droits acquis » ou « droits légaux » (« *legal rights* ») qui figurent dans l'*Adresse de 1867*, annexée au *Décret*, devraient être interprétées de façon à englober les droits linguistiques.

[41] L'année 1867 voit à la fois la signature de la Confédération du Canada et l'adoption, par le Parlement, de l'*Adresse de 1867*. Comme nos collègues le signalent, les négociations entourant la Confédération portaient dans une mesure non négligeable sur la question des droits linguistiques. Or, lorsque le législateur a conféré des droits linguistiques dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, il l'a fait de façon explicite, et non en les incorporant par un renvoi implicite à des termes génériques comme « droits acquis » ou « droits légaux ».

[42] Quelques années plus tard, la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et le *Décret de 1870* forment ensemble une entente politique globale portant sur les modalités de l'annexion. L'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* prévoit expressément le bilinguisme législatif en termes très semblables à ceux de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* :

23. [Usage des langues française et anglaise] L'usage de la langue française ou de la langue anglaise sera facultatif dans les débats des Chambres de la législature; mais dans la rédaction des archives, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire; et dans toute plaidoirie ou pièce de procédure par devant les tribunaux ou émanant des tribunaux du Canada, qui sont établis sous l'autorité de la Loi constitutionnelle de 1867, et par devant tous les tribunaux ou émanant des tribunaux de la province, il pourra être également fait usage, à faculté, de l'une ou l'autre de ces langues. Les lois de la législature seront imprimées et publiées dans ces deux langues.

[43] La *Loi constitutionnelle de 1871* (R.-U.), 34 & 35 Vict., c. 28, une loi impériale, confirme la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et précise que le Parlement canadien n'est pas habilité à modifier cette dernière (art. 6). En revanche, il n'y a aucun renvoi exprès au bilinguisme législatif dans le *Décret de 1870* ou dans l'*Adresse de 1867* qui y est annexée.

[44] When Manitoba tried to amend s. 23 to provide for English language only legislation, the amendment was ruled unconstitutional by Manitoba courts in 1892, 1909, and 1976, and by this Court in 1979 in *Attorney General of Manitoba v. Forest*, [1979] 2 S.C.R. 1032 (see *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at pp. 732-33). The Court held that the province's legislative authority to amend the provincial constitution did not extend to giving it the authority to amend the guarantee of language rights in s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*.

[45] In *Forest*, the Court held that s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* was modelled after s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, which provides for (among other things) legislative bilingualism in the Parliament of Canada and the Quebec legislature. This Court also drew upon the similarity between these provisions in *Reference re Manitoba Language Rights*:

... the drafters of the *Constitution Act, 1867* ... intended s. 133's language guarantees to be just that — guarantees. And the use by Parliament only three years later of nearly identical language in s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* is strong evidence of a similar intendment with regard to the language provisions of that Act. [Emphasis deleted; p. 739.]

[46] The relevant time period of these provisions — 1867 to 1870 — coincides with the events and instruments on which the appellants rely. Given this contemporaneity, the express and mandatory language respecting legislative bilingualism used by the Imperial Parliament in s. 133 in the *Constitution Act, 1867* and by the Parliament of Canada in the *Manitoba Act, 1870* stands in marked contrast to the complex web of instruments, vague phrases, political pronouncements and historical context on which the appellants' claims depend.

[47] Had the intent been to accord constitutional protection to language rights in the annexed territories outside Manitoba, wording similar to s. 23

[44] Lorsque le Manitoba tente de modifier l'art. 23 en vue de lui permettre d'adopter ses lois en anglais seulement, la modification est jugée inconstitutionnelle par les tribunaux de la province en 1892, 1909 et 1976 et finalement par notre Cour en 1979 dans l'affaire *Procureur général du Manitoba c. Forest*, [1979] 2 R.C.S. 1032 (voir *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 732-733). La Cour conclut que le pouvoir législatif de la province qui l'habilite à modifier la constitution de la province ne lui permet pas de modifier la garantie relative aux droits linguistiques prévue à l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*.

[45] Dans l'arrêt *Forest*, la Cour estime que l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* a pour modèle l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui prévoit entre autres le bilinguisme législatif au Parlement du Canada et à la législature de Québec. La Cour, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, souligne également les similitudes entre ces dispositions :

... les auteurs de la *Loi constitutionnelle de 1867* [...] voulaient que les garanties linguistiques de l'art. 133 soient exactement cela, des garanties. Et l'emploi par le Parlement, seulement trois ans plus tard, d'un langage presque identique dans l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* établit clairement une intention semblable à l'égard des dispositions en matière linguistique contenues dans cette loi. [Italique omis; p. 739.]

[46] La période pertinente à laquelle correspond l'adoption de ces dispositions — entre 1867 et 1870 — coïncide avec celle des événements et des instruments invoqués par les appelants. Vu cette contemporanéité, le libellé exprès et impératif des dispositions prévoyant le bilinguisme législatif employé par le Parlement impérial à l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et par le Parlement du Canada dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba* tranche nettement sur l'amalgame complexe fait d'instruments, de phrases vagues, de déclarations politiques et de contexte historique sur lequel repose la thèse des appelants.

[47] Si l'on avait voulu accorder une protection constitutionnelle aux droits linguistiques dans les territoires annexés situés à l'extérieur du Manitoba,

of the *Manitoba Act, 1870* would have been used in the *1870 Order*. But there is no similarity between, on the one hand, the specific guarantees of language rights in s. 133 and s. 23 and, on the other, the general reference to “legal rights” or “*droits acquis*” / “*droits légaux*” found in the schedule to the *1870 Order*.

[48] In sum, contemporaneous guarantees of language rights were explicit and clear: legislative bilingualism was provided for expressly in the *Constitution Act, 1867* and the *Manitoba Act, 1870*. And, as we shall see, the subject of legislative bilingualism was addressed — explicitly — in the amendments to *The North-West Territories Act* in 1877 and 1891 (*The North-West Territories Act, 1877*, S.C. 1877, c. 7; *An Act to amend the Acts respecting the North-West Territories*, S.C. 1891, c. 22). Never in Canada’s constitutional history have the words “legal rights” been understood to confer linguistic rights. These facts considerably undermine the appellants’ position.

[49] But it is not just the documents themselves that belie the appellants’ claim. The context surrounding the creation of these documents further illuminates the point that “legal rights” are and always have been distinct from language rights. Let us turn to that context.

(2) The Representatives of the Territories Never Considered That the Promise to Respect “Legal Rights” Referred to Linguistic Rights

[50] The political leaders in the territories treated language-related demands as distinct from the protection of other, more general or proprietary, rights.

[51] For example, the second List of Rights produced in February 1870 included specific language claims at arts. 12 and 13:

on aurait employé dans le *Décret de 1870* un texte semblable à celui de l’art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. Or, il n’existe aucune similitude entre, d’une part, les garanties expresses relatives aux droits linguistiques qui sont énoncées aux art. 133 et 23 et, d’autre part, la mention générale quant à des « droits acquis » ou « droits légaux » (« *legal rights* ») dans l’annexe du *Décret de 1870*.

[48] Bref, les garanties relatives aux droits linguistiques conférées à la même époque étaient rédigées en termes exprès et clairs : le bilinguisme législatif est expressément prévu dans la *Loi constitutionnelle de 1867* et dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. En outre, comme nous le verrons, cette matière est traitée dans les modifications apportées à l’*Acte des Territoires du Nord-Ouest*, en 1877 et en 1891 (l’*Acte des Territoires du Nord-Ouest, 1877*, S.C. 1877, c. 7; l’*Acte modifiant les actes concernant les territoires du Nord-Ouest*, S.C. 1891, c. 22), et ce en termes exprès. Jamais dans l’histoire constitutionnelle du Canada les termes « droits acquis » ou « droits légaux » n’ont servi à conférer des droits linguistiques. Ces faits affaiblissent considérablement la thèse des appelants.

[49] Toutefois, la prétention des appelants n’est pas seulement contredite par les documents mêmes. Le contexte entourant leur création jette aussi une lumière sur le sujet et nous permet de conclure que les « droits acquis » ou « droits légaux » sont distincts des droits linguistiques et l’ont toujours été. Examinons ce contexte.

(2) Les représentants des territoires n’ont jamais cru que la promesse quant au respect des « droits acquis » ou « droits légaux » visait les droits linguistiques

[50] Les dirigeants politiques des territoires ont traité les revendications linguistiques à part des demandes qui concernaient la protection d’autres droits, comme les droits de propriété ou des droits plus généraux.

[51] Ainsi, la deuxième Déclaration des droits, qui date de février 1870, comporte des revendications linguistiques expresses à ses art. 12 et 13 :

12. That the English and French languages be common in the Legislature and Courts, and that all public documents and Acts of the Legislature be published in both languages.

13. That the Judge of the Supreme Court speak the French and English languages.

By contrast, art. 16 in the same List of Rights contained an independent claim related to other, more general rights:

16. That all properties, rights and privileges, as hitherto enjoyed by us, be respected

The words “rights and privileges” are similar to those used in the *1867 Address* (and the *1869 Proclamation*).

[52] In short, the Lists of Rights demonstrate that political leaders in the territories themselves expressly provided for language rights when they were meant to be protected and those rights were differentiated from other, more general, rights.

(3) Parliamentary Debates Show That the Promise to Respect Legal Rights in the 1867 Address Did Not Refer to Linguistic Rights

[53] The parliamentary debates related to the adoption of the *1867 Address* show that language rights were not subsumed under the term “legal rights” or “*droits acquis*” / “*droits légaux*”. As the provincial court judge found, the parliamentary debates about the part of the text including “legal rights” concerned whether the HBC had a legal right to the territory: para. 499. It is clear from the debates that Parliament understood “legal rights” in this context as describing the proprietary rights over the territory and other rights flowing from it (such as the exclusive right to trade granted to the HBC under the Royal Charter). These were rights that could be valued, and on which an agreement could be reached.

[54] A major point of disagreement throughout the debate focused on the parliamentary grant of power

12. L’usage des langues anglaise et française sera facultatif dans la législature et les cours de justice, et tous les documents publics et les actes de la législature seront publiés dans les deux langues.

13. Le juge de la cour Suprême devra parler les langues anglaise et française.

En revanche, l’art. 16 énonce une revendication indépendante liée à d’autres droits plus généraux :

16. Toutes propriétés, tous droits et privilèges dont nous avons joui jusqu’à ce jour, seront respectés

Les mots « droits et privilèges » sont semblables à ceux employés dans l’*Adresse de 1867* (et dans la *Proclamation de 1869*).

[52] Bref, les Listes des droits démontrent que les dirigeants politiques des territoires avaient eux-mêmes prévu expressément les droits linguistiques lorsque leur protection était voulue et avaient établi une distinction entre ces droits et d’autres droits plus généraux.

(3) Les débats parlementaires démontrent que la promesse quant au respect des droits acquis qui figure dans l’Adresse de 1867 ne renvoie pas aux droits linguistiques

[53] Les débats parlementaires ayant précédé l’adoption de l’*Adresse de 1867* laissent également entendre que les droits linguistiques ne sont pas visés par les termes « droits acquis » ou « droits légaux » (« *legal rights* »). Comme le juge de la cour provinciale l’a conclu, les débats parlementaires sur le texte visaient la question de savoir si la Compagnie avait un « droit légal » sur le territoire (par. 499). Il ressort clairement des débats que le Parlement entendait par « droits » ou « droits légaux », dans ce contexte, les droits de propriété sur le territoire et d’autres droits qui en découlaient (comme le droit de traite exclusif accordé à la Compagnie en vertu de la charte royale). Il s’agissait de droits susceptibles d’être appréciés et de faire l’objet d’une entente.

[54] Tout au long des débats, un des principaux points de désaccord concerne l’octroi, par le Parlement,

to the executive to reach an agreement with the HBC regarding the HBC's "legal rights", and the undetermined cost of such an agreement. In the end, the draft *1867 Address* was amended to delete reference to a possible agreement. Speaking in Parliament, the then-Minister of Public Works confirmed that the legal rights envisaged were rights that might exist with regard to the territory itself:

. . . these amendments would remove all difficulties that had arisen in the course of the debates, and the Address would then stand as embodying a proposition by the Parliament of this country to assume that territory, reserving and protecting all rights that might exist in regard to it [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, 1st Sess., 1st Parl. ("Debates"), December 9, 1867, at p. 223)

[55] The Minister's understanding of "legal rights" was shared by other members of Parliament: see e.g. *Debates*, December 4, 5, 6, 9 and 11, 1867, at pp. 181, 183, 194-96, 200, 203, 205, 208, 222-25, 244 and 254. One Member of Parliament stated that the HBC had "no legal right" in the sense that it had no "claim to the territory" (December 4, 1867, at p. 183). Similarly, while referring to the "rights" that might be claimed by existing corporations, Prime Minister John A. Macdonald gave assurance that the promises in the *1867 Address* "would forbid the suspicion that any confiscation was mediated" (December 6, 1867, at p. 200). Clearly, his focus was on rights that were capable of confiscation. Language rights, by their very nature, are not.

[56] Of course, this is not to suggest that the intentions of Parliament occupy a position of privilege over those of the territorial inhabitants negotiating three years later in 1870. On the contrary, the understanding and intention of the representatives and negotiators also informs the context of the negotiations in 1870. However, there is no evidence that they used the words "legal rights" from the *1867 Address* in the broad manner suggested by the appellants.

d'un pouvoir permettant à l'exécutif de conclure une entente avec la Compagnie concernant les « droits légaux » de cette dernière, et le coût indéterminé d'une telle entente. Finalement, l'ébauche de l'*Adresse de 1867* est modifiée, et la mention d'une éventuelle entente supprimée. Prenant la parole au Parlement, le ministre des Travaux publics de l'époque confirme que les droits envisagés ont un rapport avec le territoire lui-même :

. . . ces amendements supprimeraient toutes les difficultés qui ont surgi au cours des débats et [. . .] la requête constituerait alors une proposition par laquelle le Parlement du pays offre de prendre le territoire en charge, sauf à réserver et à protéger les droits qui peuvent y exister [Nous soulignons.]

(*Débats de la Chambre des communes*, 1^{re} sess., 1^{re} lég. (« Débats »), 9 décembre 1867, p. 223)

[55] La conception des « droits » avancée par le ministre est partagée par d'autres députés (voir, p. ex., les *Débats*, 4, 5, 6, 9 et 11 décembre 1867, p. 181, 183, 194-196, 200, 203, 205, 208, 222-225, 244 et 254). L'un d'entre eux déclare que la Compagnie n'avait « aucun droit légal », c'est-à-dire que la Compagnie n'a aucun « droit à ce territoire » (4 décembre 1867, p. 183). De même, en ce qui concerne les « droits » susceptibles d'être revendiqués par les sociétés existantes, le premier ministre, John A. Macdonald, affirme à propos de l'engagement pris dans l'*Adresse de 1867* qu'il « ne permet pas de soupçonner que le Gouvernement songe à les confisquer » (6 décembre 1867, p. 200). De toute évidence, il envisageait des droits susceptibles d'être confisqués. Or, les droits linguistiques, de par leur nature même, ne le sont pas.

[56] Il ne faut toutefois pas entendre par là que l'intention du législateur a préséance sur celle de la population des territoires qui participera aux négociations qui auront lieu trois ans plus tard, en 1870. Au contraire, les vues et l'intention des représentants et des négociateurs permettent également d'éclairer le contexte des pourparlers de 1870. Rien ne permet toutefois de penser qu'ils ont employé les termes « droits acquis » que l'on trouvait dans l'*Adresse de 1867* au sens large suggéré par les appellants.

(4) Contemporary Evidence Shows That the Parties Thought That Linguistic Rights Were Addressed in the *Manitoba Act, 1870* But Not in the *1870 Order*

[57] The appellants invite this Court to interpret the *1870 Order* and the *1867 Address* purposively to give effect to the historic compromise reached between the Canadian government and the population of the territories regarding the right to legislative bilingualism. The purpose of the *1870 Order*, they submit, is to effectuate the transfer of the territories while entrenching this wide-ranging agreement. Accordingly, the words “legal rights” or “*droits acquis*” / “*droits légaux*” must be interpreted in light of such an agreement.

[58] While there can be no debate that there was a political compromise or that constitutional provisions must be interpreted purposively, we cannot accept the appellants’ conclusion. The end result of the negotiations regarding legislative bilingualism was the enactment of the *Manitoba Act, 1870*. Conversely, it was never the objective of the *1870 Order* to dictate that French and English must be used by the legislative body governing the newly established North-Western Territory.

[59] Our colleagues emphasize what they see as a lack of opposition on the part of the Canadian government to entrenching bilingualism in the entirety of the territories entering Canada. We would note, however, that the lack of evidence of opposition by the Canadian negotiators does not provide evidence for the inverse proposition — namely, that Canada was content to entrench bilingualism in the North-Western Territory, by way of an order of the Imperial Crown. There is no evidence to this effect.

[60] However, there is no doubt the delegates sought to entrench bilingual rights, just as there is no doubt they sought for the territories to enter Canada as a province. That being said, the contrast between the two contemporaneous documents in relation to legislative bilingualism could not be more stark. As discussed above, there is express

(4) La preuve de cette époque démontre que les parties croyaient que les droits linguistiques avaient été conférés dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, et non dans le *Décret de 1870*

[57] Les appelants invitent la Cour à interpréter le *Décret de 1870* et l’*Adresse de 1867* de façon téléologique pour donner effet au compromis historique intervenu entre le gouvernement canadien et la population des territoires en ce qui concerne le droit au bilinguisme législatif. L’objet du *Décret de 1870*, soutiennent-ils, était d’effectuer le transfert des territoires tout en consacrant cette entente de large portée. Par conséquent, les termes « droits acquis » ou « droits légaux » (« *legal rights* ») doivent être interprétés à la lumière d’une telle entente.

[58] Si l’existence d’un compromis politique ou la nécessité d’une interprétation téléologique des dispositions constitutionnelles ne suscitent pas le débat, nous ne pouvons néanmoins accepter la conclusion des appelants. Les négociations au sujet du bilinguisme législatif ont abouti à la promulgation de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. Inversement, le *Décret de 1870* n’a jamais eu pour objectif d’imposer l’usage du français et de l’anglais à l’organe législatif gouvernant le Territoire du Nord-Ouest nouvellement constitué.

[59] Nos collègues soulignent ce qu’ils considèrent être une absence d’opposition de la part du gouvernement canadien à constitutionnaliser le bilinguisme dans l’ensemble des territoires admis dans le Canada. Nous tenons cependant à signaler que l’absence de preuve démontrant une opposition de la part des négociateurs canadiens n’appuie pas pour autant la proposition inverse, à savoir que le Canada s’est contenté de consacrer le bilinguisme dans le Territoire du Nord-Ouest au moyen d’un décret de la Couronne impériale. Aucune preuve n’était une telle proposition.

[60] Il ne fait cependant aucun doute que les représentants ont tenté de faire constitutionnaliser les droits linguistiques, tout comme il ne fait aucun doute qu’ils ont tenté de faire admettre les territoires dans le Canada en tant que province. Cela étant, le contraste sur le plan du bilinguisme législatif entre ces deux documents datant de la même époque ne

provision in the *Manitoba Act, 1870* for legislative bilingualism in terms that were very similar to those used in s. 133 of the *Constitution Act, 1867*. However, in the *1870 Order*, there is no express reference — none — to legislative bilingualism. This strongly suggests that while legislative bilingualism was successfully negotiated and established for the new province of Manitoba (per s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*), there was no similar agreement or provision for legislative bilingualism in the newly annexed territories. It is noteworthy that the major population centre of the Red River Settlement became part of the province of Manitoba, while the sparsely populated areas of Rupert's Land and the North-Western Territory became a federally administered territory.

[61] While we take no issue with the factual findings of the provincial court judge regarding the negotiations between the delegates and Canada, we disagree with his legal conclusion that the negotiations resulted in a pact with Canada to establish legislative bilingualism in all of the annexed territories (para. 354). In this respect, there is a helpful distinction drawn in Aboriginal rights jurisprudence between a trial judge's findings of fact on historical matters, which are entitled to deference, and the legal inferences or conclusions that a trial judge draws from such facts, which are not. As Lamer C.J. explained in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, “[the trial judge’s] determination of the scope of the appellant’s aboriginal rights on the basis of the facts as he found them . . . is a determination of a question of law which, as such, mandates no deference from this Court” (para. 82; see also *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, at para. 18; and *R. v. Sappier*, 2004 NBCA 56, 273 N.B.R. (2d) 93, at para. 76). In our view, the same distinction applies with respect to the historical factual findings of the provincial court judge in this case, and the legal inferences he draws on the basis of these facts.

saurait être plus frappant. Comme nous l’expliquons précédemment, on trouve dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba* une disposition expresse concernant le bilinguisme législatif qui est libellée en termes très similaires à ceux de l’art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toutefois, dans le *Décret de 1870*, il n’y a absolument aucune mention expresse quant au bilinguisme législatif, ce qui tend fortement à indiquer que le bilinguisme législatif, s’il a été négocié et établi avec succès dans le cas de la nouvelle province du Manitoba (à l’art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*), n’est prévu dans aucune entente ou disposition similaire dans le cas des territoires nouvellement annexés. Fait à signaler, l’importante agglomération que formait alors la Colonie de la Rivière-Rouge a été intégrée à la province du Manitoba alors que les régions peu densément peuplées de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest sont devenues un territoire administré par le gouvernement fédéral.

[61] Bien que nous ne remettons pas en question les conclusions factuelles tirées par le juge de la cour provinciale au sujet des négociations entre les délégués et le Canada, nous n’acceptons pas sa conclusion de droit selon laquelle les négociations se sont soldées par un pacte avec le Canada visant à établir le bilinguisme législatif dans l’ensemble des territoires annexés (par. 354). À cet égard, il peut être utile de se pencher sur la distinction établie dans la jurisprudence, pour ce qui est des droits ancestraux, entre les conclusions de fait qu’un juge de première instance peut tirer au sujet des questions historiques, conclusions qui commandent la déférence, et les inférences ou conclusions de droit qu’il ou elle peut tirer à partir de ces faits, lesquelles n’en commandent pas. Comme le juge en chef Lamer l’explique dans l’arrêt *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, « la détermination de la portée des droits ancestraux de l’appelante à la lumière de[s] conclusions de fait [du juge de première instance] [. . .] tranche une question de droit qui, en tant que telle, ne commande aucune retenue de la part de notre Cour » (par. 82; voir aussi *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 18, et *R. c. Sappier*, 2004 NBCA 56, 273 R.N.-B. (2^e) 93, par. 76). À notre avis, la même distinction s’applique aux conclusions factuelles historiques auxquelles le juge de la cour provinciale est parvenu en l’espèce, et aux inférences de droit qu’il a tirées à partir des faits.

[62] The purpose of the *1870 Order* was simply to effect the transfer of Rupert's Land and the North-Western Territory to Canada. To the extent that an historic compromise was reached to entrench legislative bilingualism as part of the annexation of Rupert's Land and the North-Western Territory, this took the form of s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*. As this Court explained in *Mercure*:

After some tense confrontations, in which demands were made that English and French be used in the legislature and that judges speak both languages, the Canadian government acceded to the demands of the people of the Territories. To that end, Canada enacted the *Manitoba Act, 1870*, S.C. 1870, c. 3, which created the province of Manitoba out of the Red River settlement and surrounding lands, and by s. 23, provided certain guarantees regarding the use of the English and French languages in the Manitoba Legislature and in its courts. [p. 249]

[63] There is ample evidence in the historical record confirming the parties' understanding that the compromise reached was for legislative bilingualism in the province of Manitoba, in the form of the *Manitoba Act, 1870*. It created a new province including the population centre of the Red River Settlement and incorporated parts of the negotiators' demands.

[64] Perhaps most telling in this regard are the comments of the territorial negotiators and of the provisional government at the time. When the territorial negotiator Father Ritchot reported back to the provisional government at Red River in June 1870, following the passage of the *Manitoba Act, 1870* by Parliament, he did not refer to an agreement regarding legislative bilingualism in the territories outside of Manitoba (*Manitoba Métis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2007 MBQB 293, 223 Man. R. (2d) 42 ("*Manitoba Métis (2007)*"), at para. 508). Similarly, Judge Black, another one of the territorial negotiators, wrote in May 1870 that "the best report which I could possibly give on the subject" was the bill for the *Manitoba Act, 1870* itself, "of which copies will, no doubt, be duly forwarded to

[62] L'objet du *Décret de 1870* consistait simplement à effectuer le transfert de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest au Canada. Dans la mesure où un compromis historique est intervenu pour consacrer le bilinguisme législatif dans le cadre de l'annexion de ces territoires, ce compromis s'est cristallisé dans l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. Comme la Cour l'explique dans l'arrêt *Mercure* :

Après une période de sérieux affrontements, pendant laquelle on a exigé que le français et l'anglais soient utilisés à l'Assemblée législative et que les juges parlent les deux langues, le gouvernement canadien a fait droit aux revendications des habitants des Territoires. À cette fin, le Canada a adopté la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.C. 1870, chap. 3, qui créait la province du Manitoba à partir de la colonie de la rivière Rouge et des terres environnantes et qui, à l'art. 23, prévoyait certaines garanties concernant l'usage du français et de l'anglais à l'Assemblée législative du Manitoba et devant ses tribunaux. [p. 249]

[63] Le dossier historique confirme amplement la conception des parties, selon laquelle le compromis intervenu avait pour objet le bilinguisme législatif dans la province du Manitoba, lequel a été cristallisé dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. Cette loi créait une nouvelle province, qui incluait l'agglomération de la Colonie de la Rivière-Rouge, et qui faisait droit en partie aux revendications des négociateurs.

[64] Ce sont peut-être les commentaires des négociateurs territoriaux et du gouvernement provisoire de l'époque qui sont les plus révélateurs à cet égard. Ainsi, lorsque l'un des négociateurs territoriaux, le père Ritchot, fait son rapport au gouvernement provisoire à Rivière-Rouge, en juin 1870, soit après l'adoption de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* par le Parlement, il ne mentionne aucun accord concernant le bilinguisme législatif dans les territoires à l'extérieur du Manitoba (*Manitoba Métis Federation Inc. c. Canada (Attorney General)*, 2007 MBQB 293, 223 Man. R. (2d) 42 (« *Manitoba Métis (2007)* »), par. 508). Pareillement, le juge Black, un autre des négociateurs territoriaux, écrit en mai 1870 que [TRADUCTION] « le meilleur rapport que je puisse faire sur le sujet » consiste dans le projet de

Red River” (R.R., at p. 93; *Manitoba Métis* (2007), at para. 505). Moreover, while the provisional government approved the *Manitoba Act, 1870*, there is no evidence that it approved the *1870 Order* in a similar fashion. All of this is consistent with the text of the two documents and inconsistent with the notion that legislative bilingualism was guaranteed for the annexed territories outside of Manitoba.

[65] There is other important contemporary evidence to this effect. For instance, in a May 1870 telegram, Canadian Governor General John Young described the outcome of the Ottawa negotiations as follows:

Negotiations with Delegates closed satisfactorily. A province named Manitoba erected, containing eleven thousand square miles. Lieutenant-Governor appointed by Canada representative institutions Upper House seven, not exceeding twelve members . . . the rest of the territory the vast extent unsettled and unpeopled to be governed by the Lieutenant-Governor under instructions from the Canadian government. [Emphasis added.]

(*Correspondence Relative to the Recent Disturbances in the Red River Settlement* (1870) (“*Correspondence*”), at p. 131; *Manitoba Métis* (2007), at para. 123)

In a subsequent telegram on May 12, 1870, Young wrote, in reference to the *Manitoba Act, 1870*, that the “Bill for Government of North-West passed, sanctioning conditions agreed upon with Delegates. Parliament prorogued to-day” (*Correspondence*, at p. 161; *Manitoba Métis* (2007), at para. 138).

[66] Federal negotiator George-Étienne Cartier was also of the view that the result of the negotiations was the *Manitoba Act, 1870* (*Manitoba Métis* (2007), at para. 509).

[67] The appellants would have us dismiss this evidence on the basis that the provisional government and the negotiators purported to represent the entire population of the territories — not just the

loi qui deviendra la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, « dont des copies seront, sans aucun doute, dûment transmises à Rivière-Rouge » (d.i., p. 93; *Manitoba Métis* (2007), par. 505). En outre, bien que le gouvernement provisoire ait approuvé la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, rien ne démontre qu’il ait approuvé de la même manière le *Décret de 1870*. Tous ces éléments concordent avec le texte des deux documents et démentent la notion que le bilinguisme législatif a été garanti au sein des territoires annexés outre-Manitoba.

[65] Une autre preuve importante datant de la même époque va dans le même sens. Ainsi, dans un télégramme de 1870, le gouverneur général du Canada, John Young, relate ainsi le résultat des négociations tenues à Ottawa :

[TRADUCTION] Négociations avec délégués conclues de manière satisfaisante. Une province appelée Manitoba constituée, avec une superficie de onze mille miles carrés. Lieutenant-gouverneur nommé par le Canada institutions représentatives Chambre haute sept membres, au plus douze [. . .] le reste du territoire une grande étendue non colonisée ni peuplée sera gouverné par le lieutenant-gouverneur suivant les instructions du gouvernement canadien. [Nous soulignons.]

(*Correspondence Relative to the Recent Disturbances in the Red River Settlement* (1870) (« *Correspondence* »), p. 131; *Manitoba Métis* (2007), par. 123)

Dans un télégramme ultérieur, en date du 12 mai 1870, Young écrit, au sujet de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* : [TRADUCTION] « Projet de loi concernant le gouvernement du Nord-Ouest adopté, approuvant conditions convenues avec les délégués. Prorogation du Parlement aujourd’hui » (*Correspondence*, p. 161; *Manitoba Métis* (2007), par. 138).

[66] George-Étienne Cartier, un négociateur fédéral, est également d’avis que les négociations se sont soldées par l’adoption de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* (*Manitoba Métis* (2007), par. 509).

[67] Les appelants nous exhortent à rejeter cette preuve au motif que le gouvernement provisoire et les négociateurs étaient censés représenter l’ensemble de la population des territoires, et non seulement la

Red River Settlement. Consequently, it could not have been the intention to negotiate for geographically specific language rights, and the *Manitoba Act, 1870* cannot embody the end result of the wide-ranging compromise regarding bilingualism: Boutet, A.F., at paras. 46-49; Caron, A.F., at para. 64. Adopting the same logic, our colleagues state that it is “implausible” that the Métis would have “abandon[ed]” the concerns of their kin who lived in the outlying regions by accepting legislative bilingualism in only a portion of the annexed territory: para. 211.

[68] But there is overwhelming evidence that many of the settlers’ demands were not met. For instance, out of the Lists of Rights the settlers prepared, many of the demands were not reflected in either the *Manitoba Act, 1870* or the *1870 Order*. For example, the entirety of Rupert’s Land and the North-Western Territory did not enter Canada as a province named Assiniboia, the bargain with the HBC over annexation was not annulled, and all future public infrastructure was not charged to the federal government. These had all been demanded, but were not obtained.

[69] The appellants’ position overlooks the failure of the provisional government to have the entire territories enter Canada as a province. Instead, the provisional government accepted a compromise whereby only a small portion of the territories — the province of Manitoba — would join the Dominion as a province, and the rest of the territories would be under Parliament’s jurisdiction. This is no small detail. Many of the demands contained in the Lists of Rights were tied to the creation of a province and the existence of a provincial legislature (demands such as voting rights, representation in the Canadian Senate and House of Commons, and the subsidy to the province in proportion to its population). These demands were incorporated in the *Manitoba Act, 1870*, but the population outside the newly created province received none of these rights. For example, while Manitoba was represented by four members in the House of Commons, as demanded in the second and third Lists of Rights, the North-West Territories did not receive

Colonie de la Rivière-Rouge. Par conséquent, ils ne pouvaient avoir eu l’intention de négocier des droits linguistiques pour une seule région, et la *Loi de 1870 sur le Manitoba* ne saurait représenter le résultat du large compromis intervenu en matière de bilinguisme (Boutet, m.a., par. 46-49; Caron, m.a., par. 64). Appliquant la même logique, nos collègues affirment que la thèse selon laquelle les Métis auraient « abandonné » les revendications de ceux des leurs qui vivaient dans des régions périphériques en acceptant le bilinguisme législatif pour une seule partie du territoire annexé « ne peut tenir » (par. 211).

[68] Or, une preuve abondante démontre que bon nombre des revendications des colons restent lettre morte. Par exemple, parmi celles énumérées dans les Listes des droits soumises par les colons, beaucoup ne figureront ni dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba* ni dans le *Décret de 1870*. Ainsi, la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest ne sont pas entrés en bloc dans le Canada à titre de province, la province de l’Assiniboine; l’entente conclue avec la Compagnie en vue de l’annexion n’a pas été annulée et tous les travaux publics à construire ne l’ont pas été aux frais du gouvernement fédéral. Ces revendications n’ont pas abouti.

[69] La thèse des appelants ne tient pas compte du fait que le gouvernement provisoire n’avait pas réussi à obtenir que l’ensemble des territoires entre dans le giron canadien à titre de province. Le gouvernement provisoire avait plutôt accepté un compromis en vertu duquel seule une petite partie des territoires, en l’occurrence le Manitoba, serait admise en tant que province dans le Dominion et le reste des territoires relèverait du Parlement. Ce détail n’est pas négligeable. Bon nombre des revendications formulées dans les Listes des droits étaient liées à la création d’une province et à l’existence d’une assemblée législative provinciale (comme le droit de vote, le droit d’être représenté au Sénat canadien et à la Chambre des communes et le versement de subventions à la province au prorata de sa population). Elles ont été prévues dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, mais la population vivant à l’extérieur de la nouvelle province ne s’est vu reconnaître aucun de ces droits. Par exemple, tandis que le Manitoba était représenté par quatre députés à la Chambre des communes,

any seats until 1886: *The North-West Territories Representation Act, 1886*, S.C. 1886, c. 24.

[70] The fact is that by accepting the creation of the province of Manitoba plus the North-Western Territory, the representatives and negotiators *did* make sacrifices with respect to the outlying regions. Far from being implausible, this reflects the very essence of negotiations: making compromises to reach an agreement. This is especially so in light of the fact that the representatives framed the demand as follows: “That the English and French languages be common in the Legislature” Like many other demands in the Lists of Rights, this was tied to the very first demand in the third List of Rights — namely, the demand for entry as a province, with the creation of a provincial legislature for the whole annexed territories. It thus follows that the agreement regarding bilingualism was entrenched in the *Manitoba Act, 1870*, and not elsewhere.

(5) The 1867 Address Does Not Embody the Compromise Reached in 1870

[71] The appellants’ assertion that the *1870 Order* embodies a wide-ranging historic compromise with regard to legislative bilingualism is further undermined by a chronological obstacle. The words “legal rights” or “*droits acquis*” / “*droits légaux*” relied upon by the appellants are found in the *1867 Address*, incorporated as a schedule to the *1870 Order*. It would be incongruous for an 1867 document to embody a compromise reached only three years later in 1870. Rather, this tends to confirm that the end result of the negotiations was the *Manitoba Act, 1870* — a bill adopted at the *culmination* of the negotiations.

[72] To be sure, it is possible that parties to a negotiation could agree to give effect to an agreement by entrenching an older document. In the present

conformément aux exigences formulées dans les deuxième et troisième Listes des droits, les Territoires du Nord-Ouest ont dû attendre jusqu’en 1886 avant de se voir attribuer un seul siège (*Acte de la représentation des Territoires du Nord-Ouest, 1886*, S.C. 1886, c. 24).

[70] Le fait est qu’en acceptant la création de la province du Manitoba ainsi que du Territoire du Nord-Ouest, les représentants et les négociateurs ont *effectivement* fait des sacrifices en ce qui concerne les régions éloignées. Loin de manquer de plausibilité, cette conclusion reflète l’essence même de toute négociation — faire des compromis pour parvenir à une entente — et ce, d’autant plus que les représentants avaient formulé ainsi leur revendication : « L’usage des langues anglaise et française sera facultatif dans la législature . . . » Comme nombre d’autres contenues dans les Listes des droits, cette revendication était tributaire de la première demande formulée en tête de la troisième Liste, soit celle sollicitant l’entrée dans la Confédération en tant que province, avec la création d’une assemblée législative provinciale pour l’ensemble des terres annexées. Il s’ensuit donc que l’accord sur le bilinguisme a été consacré dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, et pas ailleurs.

(5) L’Adresse de 1867 ne matérialise pas le compromis intervenu en 1870

[71] L’affirmation des appelants selon laquelle le *Décret de 1870* matérialise un vaste compromis historique portant sur le bilinguisme législatif se bute à un autre obstacle, celui-ci d’ordre chronologique. Les mots « droits acquis » ou « droits légaux » (« *legal rights* ») invoqués par les appelants figurent dans *l’Adresse de 1867*, qui sera annexée au *Décret de 1870*. Il serait incongru qu’un document datant de 1867 matérialise un compromis qui n’interviendra que trois ans plus tard, en 1870. Ce fait tend plutôt à confirmer que l’aboutissement des négociations a consisté dans l’adoption de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, projet de loi adopté au *point culminant* des négociations.

[72] Certes, il est possible que les parties à une négociation s’entendent pour donner effet à une entente en consacrant un document antérieur. Dans

case, however, this is implausible. The appellant Mr. Boutet's assumption that the Imperial government could effectively entrench the compromise regarding legislative bilingualism reached in 1870 — by incorporating as a schedule an 1867 document issued not by the Imperial government but by the Canadian government, one that makes no specific reference to language rights — is purely speculative; he points to no evidence to support this assertion: A.F., at paras. 66 and 90.

[73] On the contrary, it is much more plausible that the Imperial government believed that the *Manitoba Act, 1870* was the end result of the compromise. This remains the case today. Ultimately, there is no basis to interpret the *1867 Address* in light of an historic compromise reached in 1870.

[74] We now look ahead, beyond the contemporary evidence surrounding 1870, to examine events transpiring subsequent to the creation of Manitoba and the annexation of the western territory. As we shall see, these events further undercut the appellants' claim.

- (6) Federal Legislation and Debates Surrounding It in Relation to the New North-West Territories in 1875 and 1877 Show That No One Involved Thought That There Had Been Any Guarantee of Legislative Bilingualism in 1870

[75] Before agreement was reached with the enactment of the *Manitoba Act, 1870* and before the *1870 Order*, Parliament had enacted in 1869 the *Temporary Government of Rupert's Land Act, 1869*, which said nothing about legislative bilingualism. Following 1870, this Act continued to govern the North-Western Territory, outside the province of Manitoba, until *The North-West Territories Act, 1875* governed it. When the latter was amended in 1877, Parliament added a section providing for (among other things) legislative bilingualism, once again in terms very similar to those found in s. 133 of the *Constitution Act, 1867*:

le cas qui nous occupe, cependant, ce scénario est peu vraisemblable. L'hypothèse de M. Boutet selon laquelle le gouvernement impérial pouvait effectivement consacrer le compromis survenu en 1870 au sujet du bilinguisme législatif — en annexant un document de 1867 qui émanait non pas du gouvernement impérial mais du gouvernement canadien et qui ne mentionnait pas expressément les droits linguistiques — relève de la simple conjecture; l'appelant n'apporte aucune preuve pour étayer cette affirmation (m.a., par. 66 et 90).

[73] Au contraire, il est beaucoup plus plausible que, selon le gouvernement impérial, la *Loi de 1870 sur le Manitoba* représentait l'aboutissement du compromis intervenu. Cette interprétation tient toujours. En fin de compte, rien ne nous permet d'interpréter l'*Adresse de 1867* à la lumière d'un compromis historique survenu en 1870.

[74] Laissons de côté la preuve datant de l'époque des événements de 1870 pour examiner ceux qui se sont produits après la création du Manitoba et l'annexion des Territoires du Nord-Ouest. Comme nous le verrons, ces événements affaiblissent également la prétention des appelants.

- (6) La législation fédérale adoptée à l'égard des nouveaux Territoires du Nord-Ouest en 1875 et 1877 et les débats à ce sujet démontrent qu'aucun des participants ne croyait qu'une garantie de bilinguisme législatif avait été conférée en 1870

[75] En 1869, avant l'entente qui s'est matérialisée dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et avant le *Décret de 1870*, le Parlement adopte une loi intitulée *Gouvernement provisoire de la Terre de Rupert, 1869*, muette au sujet du bilinguisme législatif. Après 1870, cette loi continue de s'appliquer au Territoire du Nord-Ouest, c'est-à-dire outre-Manitoba, jusqu'à ce que l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest, 1875* vienne régir le territoire. Quand cette loi est modifiée en 1877, le législateur y ajoute alors une disposition prévoyant entre autres le bilinguisme législatif, libellée elle aussi en termes très semblables à ceux de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* :

11. Either the English or the French language may be used by any person in the debates of the said Council, and in the proceedings before the Courts, and both those languages shall be used in the records and journals of the said Council, and the ordinances of the said Council shall be printed in both those languages.

[76] That section was subsequently re-enacted to become s. 110 of *The North-West Territories Act*, R.S.C. 1886, c. 50, and was amended in 1891 to expressly place legislative bilingualism under the competence of the territorial legislature:

110. Either the English or the French language may be used by any person in the debates of the Legislative Assembly of the Territories and in the proceedings before the courts; and both those languages shall be used in the records and journals of such Assembly; and all ordinances made under this Act shall be printed in both those languages: Provided, however, that after the next general election of the Legislative Assembly, such Assembly may, by ordinance or otherwise, regulate its proceedings, and the manner of recording and publishing the same; and the regulations so made shall be embodied in a proclamation which shall be forthwith made and published by the Lieutenant Governor in conformity with the law, and thereafter shall have full force and effect. [S.C. 1891, c. 22, s. 18]

[77] The province of Saskatchewan was created by the *Saskatchewan Act* in 1905 (just as Alberta was created by an enactment bearing its name in the same year). It provided, in identical language to the *Alberta Act*, that “[a]ll laws . . . existing immediately before the coming into force of this Act” were to continue subject to the power of the appropriate legislature to repeal or amend such laws: s. 16; *Alberta Act*, s. 16; see also *Mercure*, at p. 257.

[78] La Forest J. comments in detail on this aspect of the legislative history in *Mercure*, the case in which this Court ruled on the status of legislative bilingualism in Saskatchewan. He notes that the “prevailing view” during the debate on the *Saskatchewan Act* was that “the language provisions should not be entrenched so that the legislatures

11. Toute personne pourra faire usage soit de la langue anglaise, soit de la langue française, dans les débats du dit conseil et dans les procédures devant les cours, et ces deux langues seront usitées pour la rédaction des pièces d’archives et des journaux du dit conseil; et les ordonnances du dit conseil seront imprimées dans ces deux langues.

[76] Cette disposition devient par la suite l’art. 110 de l’*Acte des territoires du Nord-Ouest*, S.R.C. 1886, c. 50, modifié en 1891 de sorte que le bilinguisme législatif ressortisse expressément à la législature territoriale :

110. Toute personne pourra faire usage soit de la langue anglaise, soit de la langue française, dans les débats de l’Assemblée législative des territoires, ainsi que dans les procédures devant les cours de justice; et ces deux langues seront employées pour la rédaction des procès-verbaux et journaux de l’Assemblée; et toutes les ordonnances rendues sous l’empire du présent acte seront imprimées dans ces deux langues ; néanmoins, après la prochaine élection générale de l’Assemblée législative, cette Assemblée pourra, par ordonnance ou autrement, régler ses délibérations et la manière d’en tenir procès-verbal et de les publier; et les règlements ainsi faits seront incorporés dans une proclamation qui sera immédiatement promulguée et publiée par le lieutenant-gouverneur en conformité de la loi, et ils auront ensuite plein effet et vigueur. [S.C. 1891, c. 22, art. 18]

[77] La province de la Saskatchewan est créée en 1905 par la *Loi sur la Saskatchewan* (à l’instar de l’*Alberta*, créée la même année par la loi portant son nom). La Loi dispose, en termes identiques à ceux employés dans la *Loi sur l’Alberta*, que « [t]outes les lois [. . .] existant immédiatement avant l’entrée en vigueur de la présente loi » continueront d’exister, sous réserve de la compétence de la législature de la province de les abroger ou de les modifier (art. 16; *Loi sur l’Alberta*, art. 16; voir également *Mercure*, p. 257).

[78] Le juge La Forest commente en détail cet aspect de l’historique législatif dans l’arrêt *Mercure*, où la Cour se prononce sur le statut du bilinguisme législatif en Saskatchewan. Il signale que « selon l’opinion qui prévalait », pendant les débats sur la *Loi sur la Saskatchewan*, « les dispositions linguistiques ne devaient pas être enchâssées de manière

would be free to deal with the matter”: p. 256. He cites the comments of the Minister of Justice regarding the similarly worded provision in the *Alberta Act* and its effect on s. 110 of *The North-West Territories Act*. The Minister stated that if the law were enacted, legislative bilingualism

would become subject to the control of the local legislature, and it will be a matter to be dealt with by them; and I say emphatically, . . . that is my intention. That is, the matter as I view it, ought to be dealt with by the local legislature . . . [p. 256]

(Quoting *Debates of the House of Commons*, vol. LXXIII, 1st Sess., 10th Parl., June 27, 1905, at p. 8242.)

[79] In *Mercury*, the Court concluded that the provisions of s. 110 of *The North-West Territories Act* continued to be part of the law of Saskatchewan by virtue of s. 16 of the *Saskatchewan Act*, but that the new province had the legislative authority to amend it. La Forest J. said this:

The appellant took the position that s. 110 can only be repealed by virtue of an amendment to the Constitution of Canada made under s. 43 of the *Constitution Act, 1982*, i.e., by resolutions of the Parliament of Canada and of the legislature of the province to which the amendment applies. I do not think this proposition can stand in the face of the express words of ss. 14 and 16(1) of the *Saskatchewan Act*, which clearly provide that the laws continued under the Act are subject to being repealed by the appropriate legislature. Not only is the province empowered to legislate respecting procedure in the courts under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*; it is also given power under s. 45 of the *Constitution Act, 1982* to amend the constitution of the province. But that is not all. Parliament knew full well how to entrench a provision if it wished to do so, namely, by expressly providing for language rights in the *Saskatchewan Act* as it did in the case of s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*. Such provisions, in common with s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, are constitutionally protected and do not fall within the province’s legislative capacity to amend its constitution or otherwise . . . [Emphasis added; pp. 270-71.]

que les législatures soient laissées libres de régler cette question » (p. 256). Il cite les remarques du ministre de la Justice de l’époque à propos de la disposition de la *Loi sur l’Alberta*, dont le libellé est semblable, et de son effet sur l’art. 110 de l’*Acte des territoires du Nord-Ouest*. Le ministre affirme que si la Loi est adoptée, le bilinguisme législatif

sera du ressort de la législature qui pourra en disposer comme elle le jugera à propos, et je déclare ouvertement [. . .] que tel[le] est mon intention. C’est une question qui doit être laissée entièrement à la législature. [p. 256]

(Citant les *Débats de la Chambre des communes*, vol. LXXIII, 1^{re} sess., 10^e lég., 27 juin 1905, p. 8436.)

[79] Dans l’arrêt *Mercury*, la Cour conclut que les dispositions prévues à l’art. 110 de l’*Acte des territoires du Nord-Ouest* ont été maintenues dans les lois de la Saskatchewan par l’opération de l’art. 16 de la *Loi sur la Saskatchewan*, mais que cette nouvelle province était habilitée à les modifier. Pour reprendre les propos du juge La Forest :

L’appelant a adopté le point de vue selon lequel l’art. 110 ne peut être abrogé que par une modification de la Constitution du Canada apportée en vertu de l’art. 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, c’est-à-dire par voie de résolutions du Parlement du Canada et de l’assemblée législative de la province concernée. Je ne crois pas que cet argument puisse tenir devant les termes exprès de l’art. 14 et du par. 16(1) de la *Loi sur la Saskatchewan* qui prévoit clairement que les lois dont l’existence est maintenue aux termes de la Loi peuvent être abrogées par le législateur compétent. Non seulement la législature provinciale est-elle habilitée à légiférer relativement à la procédure devant les tribunaux aux termes du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais encore elle a le pouvoir en vertu de l’art. 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982* de modifier la constitution de la province. Toutefois, ce n’est pas tout. Le Parlement savait très bien comment enchâsser une disposition s’il voulait le faire, c’est-à-dire en prescrivant expressément des droits linguistiques dans la *Loi sur la Saskatchewan* comme il l’a fait dans le cas de l’art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. De telles dispositions, en accord avec l’art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, sont protégées par la Constitution et ne relèvent pas du pouvoir législatif de la province de modifier notamment sa constitution . . . [Nous soulignons; p. 270-271.]

[80] The appellants' argument is that legislative bilingualism was entrenched for all of the annexed territories in 1870. However, accepting that position would make s. 110 redundant and, presumably, its amendment in 1891 invalid. Their position would also require us to hold that the understanding of the status of legislative bilingualism in the new province of Alberta was fundamentally misunderstood by virtually everyone involved in the debate in the House of Commons at the time the province was created.

(7) If the Appellants Are Right, *Mercur* Is Wrong

[81] Both Saskatchewan and Alberta became provinces in 1905 under substantially similar legislation, fashioned from the North-Western Territory that had been annexed to Canada in 1870. This Court ruled on the status of legislative bilingualism in Saskatchewan in *Mercur*.

[82] We agree with the appellants that *Mercur* is not dispositive of their appeals because it did not consider the possible impact of the *1870 Order*. But it is nonetheless an important element of context to bear in mind that if the appellants are right, the result reached by the Court in *Mercur* is clearly wrong. The stability of our constitutional law counsels against accepting such a proposition too readily.

[83] We should add that *Mercur* in no way assists the appellants. The appellant Mr. Boutet points to language in this Court's decision in *Mercur*, where the expression "vested rights/droits acquis" was understood to encompass language rights: A.F., at para. 73. He suggests that this should guide the interpretation of "droits acquis" in the present case. However, this reliance on *Mercur* is misplaced. The discussion in *Mercur* to which the appellant refers centred on a completely different subject.

[84] When, in *Mercur*, La Forest J. referred to the principle that statutes are not to be read as interfering with "vested rights/droits acquis" unless that intention is declared expressly or by necessary

[80] Les appelants font valoir que le bilinguisme législatif était consacré au sein de tous les territoires annexés en 1870. Or, une telle interprétation rendrait l'art. 110 inutile et, selon toute vraisemblance, sa modification en 1891 invalide. S'il faut en croire leur thèse, pratiquement tous les participants aux débats à la Chambre des communes à l'époque où la province a vu le jour auraient fondamentalement mal compris ce qu'il en était du bilinguisme législatif dans la nouvelle province d'Alberta.

(7) Si les appelants ont raison, *Mercur* est erroné

[81] Détachées du Territoire du Nord-Ouest qui avait été annexé au Canada en 1870, la Saskatchewan et l'Alberta deviennent toutes deux des provinces en 1905 en vertu de lois très semblables. La Cour se prononce sur le bilinguisme législatif en Saskatchewan dans l'affaire *Mercur*.

[82] Nous convenons avec les appelants que l'arrêt *Mercur* ne permet pas de trancher les présents pourvois parce qu'à l'époque, la Cour n'avait pas envisagé les retombées du *Décret de 1870*. Toutefois, il faut garder à l'esprit — et c'est là un élément important du contexte — que si les appelants ont raison, alors le dispositif de l'arrêt *Mercur* est manifestement erroné. La stabilité de notre droit constitutionnel milite contre une acceptation précipitée d'un tel argument.

[83] En outre, l'arrêt *Mercur* n'apporte pas d'eau au moulin des appelants. M. Boutet invoque un passage de cet arrêt dans lequel la Cour conclut que l'expression « droits acquis » (en anglais « vested rights ») vise les droits linguistiques (m.a., par. 73). L'appellant invite la Cour à s'en inspirer dans son interprétation des mots « droits acquis » en l'espèce. Or, ce parallèle avec l'arrêt *Mercur* est injustifié. L'analyse que l'on trouve dans l'arrêt *Mercur* et à laquelle l'appellant fait référence porte sur un sujet tout à fait différent.

[84] Dans l'arrêt *Mercur*, quand le juge La Forest mentionne le principe selon lequel les lois ne doivent pas être interprétées comme portant atteinte aux « droits acquis » (« vested rights ») à moins que

implication, he was referring to rights that had already been explicitly granted, such as the language rights expressly provided for in s. 110 of *The North-West Territories Act*: pp. 265-66. This is very different from the use of the words “legal rights” or “*droits acquis*” / “*droits légaux*” in the *1870 Order*, and does not assist the appellants in demonstrating that language rights are subsumed under the term “*droits acquis*” / “*droits légaux*”.

(8) Other Events Following the Transfer of the Territories Do Not Assist the Appellants

[85] The appellants place great weight on certain other events following the transfer of the territories to support their interpretation of the *1870 Order*. First, they argue that the joint bilingual administration of the North-Western Territory beginning in 1870 represents after-the-fact evidence that legislative bilingualism was successfully entrenched for the whole of the annexed territories. Second, Mr. Caron submits that explicit entrenchment of legislative bilingualism for the lands outside of Manitoba was not necessary, since that obligation was already incumbent on Parliament on the basis of s. 133 the *Constitution Act, 1867*. In our view, the appellants’ reliance on this joint administration and s. 133 is misplaced.

[86] First, as the appellants note, the *Manitoba Act, 1870* established a system of joint administration in the North-Western Territory that was, in effect, bilingual in the years immediately following 1870. For all intents and purposes, the executive and legislative branches of government in the North-Western Territory were each merged during the period between 1870 and 1875. During this time, the Lieutenant Governor of Manitoba acted as Lieutenant Governor of the North-Western Territory (*Manitoba Act, 1870*, s. 35). A number of laws for the North-Western Territory passed between 1870 and 1875 were enacted in both French and English.

[87] The appellants hold up this joint bilingual administration to support their argument that there was an agreement concerning *all* territories admitted to

cette intention ne soit déclarée expressément ou ne soit manifeste par déduction nécessaire, il songe à des droits qui ont déjà été explicitement accordés, notamment aux droits linguistiques expressément prévus à l’art. 110 de l’*Acte des territoires du Nord-Ouest* (p. 265-266). Les mots « droits acquis » ou « droits légaux » (« *legal rights* ») sont employés dans un sens tout à fait différent dans le *Décret de 1870*, ce qui n’aide pas les appelants à démontrer que les droits linguistiques sont subsumés sous ces termes.

(8) D’autres événements postérieurs au transfert des territoires n’appuient pas la thèse des appelants

[85] Les appelants tablent beaucoup sur certains événements postérieurs au transfert des territoires pour appuyer leur interprétation du *Décret de 1870*. Premièrement, ils font valoir que l’administration combinée et bilingue du Territoire du Nord-Ouest, à compter de 1870, constitue une preuve *a posteriori* que le bilinguisme législatif a bel et bien été consacré dans l’ensemble des territoires annexés. Deuxièmement, M. Caron soutient que la constitutionnalisation explicite du bilinguisme législatif n’était pas nécessaire dans le cas des terres outre-Manitoba, puisque cette obligation incombait déjà au Parlement en vertu de l’art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À notre avis, les appelants font fausse route en invoquant l’administration combinée ainsi que l’art. 133.

[86] D’abord, comme le soulignent les appelants, la *Loi de 1870 sur le Manitoba* établit un système d’administration combinée du Territoire du Nord-Ouest, administration qui est bilingue dans les faits après 1870. À toutes fins utiles, les pouvoirs exécutif et législatif du gouvernement du Territoire du Nord-Ouest sont fusionnés entre 1870 et 1875. Le lieutenant-gouverneur du Manitoba agit alors à titre de lieutenant-gouverneur du Territoire du Nord-Ouest (*Loi de 1870 sur le Manitoba*, art. 35). Un certain nombre de lois votées entre 1870 et 1875 pour le Territoire du Nord-Ouest sont édictées en français et en anglais.

[87] Les appelants invoquent cette administration bilingue combinée au soutien de leur argument selon lequel une entente visait *tous* les territoires

Canada in 1870 — that is, as a way that the Canadian government chose to respect its new constitutional obligation with regard to bilingualism in the North-Western Territory.

[88] We cannot agree. The legislative history post-1870 cannot support an inference regarding the *1870 Order* that is helpful to the appellants. Furthermore, the provincial court judge’s legal conclusion based on these arguments is in error. There is simply no evidence that this joint administration was part of the implementation of a constitutional guarantee. The evidence is, in fact, entirely to the contrary. After a few short years, Canada ended the joint administration in 1875 with the enactment of *The North-West Territories Act, 1875*. The Act established permanent institutions of government for the North-West Territories, but contained no guarantee regarding legislative bilingualism. As reviewed above, two years later, an amendment providing for bilingualism in the North-West Territories was introduced in the Senate as part of a bill containing some unrelated amendments to the Act. In *Mercure*, this Court explained the background of this amendment:

The amendment was not sponsored by the Government. Rather it was introduced in the Senate by Senator Girard of Manitoba who stated that this was desirable because there were as many French as English people in the Territories The amendment was rather grudgingly accepted by the Government when it came up for consideration in the House of Commons in order to avoid delaying the Bill for another session But there is no suggestion that the Government had any objection to the amendment as such. Rather, as Mr. Mills, speaking for the Government, stated, it regretted the amendment because it had thought this was a matter best left to the Council in question This policy was probably grounded in the dominant attitude in Quebec that language rights should be left to the local governments rather than to Parliament [Citations omitted; pp. 250-51.]

This amendment became s. 110 of the statute, as discussed earlier.

intégrés au Canada en 1870. Selon eux, c’était le moyen choisi par le gouvernement canadien pour respecter sa nouvelle obligation constitutionnelle en matière de bilinguisme dans le Territoire du Nord-Ouest.

[88] Nous ne pouvons retenir cet argument. L’évolution législative après 1870 ne peut étayer d’inference au sujet du *Décret de 1870* qui serait utile aux appelants. En outre, la conclusion de droit du juge de la cour provinciale fondée sur ces arguments est erronée. Il n’y a tout simplement aucune preuve que cette administration combinée s’inscrivait dans la mise en œuvre d’une garantie constitutionnelle. En fait, la preuve indique tout à fait le contraire. Après quelques années seulement, le Canada met fin à l’administration combinée en 1875 en promulguant l’*Acte des Territoires du Nord-Ouest, 1875*. Cette loi, qui crée des institutions gouvernementales permanentes pour les Territoires du Nord-Ouest, ne contient toutefois aucune garantie concernant le bilinguisme législatif. Comme nous l’avons vu précédemment, deux ans plus tard, une disposition modificatrice établissant le bilinguisme dans les Territoires du Nord-Ouest sera présentée au Sénat dans le cadre d’un train de modifications sans rapport. Dans l’arrêt *Mercure*, la Cour explique le contexte de cette modification :

La modification n’était pas parrainée par le gouvernement. Elle a plutôt été présentée au Sénat par le sénateur Girard du Manitoba qui a déclaré qu’elle était souhaitable parce que les Territoires comptaient autant de francophones que d’anglophones [. . .] La modification a été acceptée plutôt à contrecœur par le gouvernement lorsqu’elle a été soumise à l’examen de la Chambre des communes pour éviter que le projet de loi ne soit retardé pendant une autre session [. . .] Toutefois, il n’y a aucune indication que le gouvernement s’opposait à la modification comme telle. Plutôt, comme l’a déclaré M. Mills au nom du gouvernement, celui-ci déplorait la modification parce qu’il croyait qu’il s’agissait d’une question qu’il serait préférable de laisser à l’appréciation du conseil en question [. . .] Cette politique était probablement fondée sur le point de vue prédominant au Québec selon lequel les droits linguistiques étaient une question qui devrait être laissée à l’appréciation des gouvernements locaux plutôt qu’à celle du Parlement . . . [Références omises; p. 250-251.]

Cette modification est devenue l’art. 110 de la loi, comme nous l’avons mentionné précédemment.

[89] In sum, Parliament put an end to the joint administration of the North-West Territories only five years after the *1870 Order*. There was no guarantee of legislative bilingualism contained in *The North-West Territories Act, 1875*. When legislative bilingualism was enacted as part of the amendment process in 1877, nothing suggested that the House of Commons adopted the amendment out of a sense of constitutional obligation. Rather, there is some indication the government thought this was a matter best left to the Council of the North-West Territories.

[90] Finally, Mr. Caron's argument regarding s. 133 of the *Constitution Act, 1867* cannot succeed. Section 133 does not apply anywhere but to the Parliament of Canada and Quebec. This Court decided the issue in *Mercure*, and we see no basis on which to revisit that conclusion. In *Mercure*, La Forest J. stated that, "[c]ertainly, the language of debate in the Assembly [of the North-West Territories] was not covered by s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, since that provision was in this regard aimed specifically at the federal Parliament and the Quebec Legislature" (p. 252). Rather, he stated, the historical forces that led to the provision of legislative bilingualism in the North-West Territories beginning in 1877 "were quite separate from those which resulted in the language compromise of 1867 regarding federal and Quebec governmental institutions (s. 133)" (p. 253).

[91] Ultimately, the events of this period do not assist the appellants in demonstrating that the *1870 Order* contained a guarantee of legislative bilingualism for the North-Western Territory. We are therefore of the view that the provincial court judge erred in concluding that the bilingual joint administration in the years after 1870 demonstrates the existence of an entrenched right to legislative bilingualism (paras. 323 and 351-54). The legal instruments, properly interpreted, not only provide no support for this view but in fact support the opposite conclusion.

[89] En somme, le Parlement a mis fin à l'administration combinée des Territoires du Nord-Ouest cinq ans à peine après le *Décret de 1870*. L'*Acte des Territoires du Nord-Ouest, 1875* ne contenait aucune garantie en matière de bilinguisme législatif. Lorsque le bilinguisme législatif a été prévu dans le cadre du processus de modification législative, en 1877, rien ne permettait de croire que la Chambre des communes avait adopté cette modification parce qu'elle était mue par un sentiment d'obligation constitutionnelle. Au contraire, il semble plutôt que le gouvernement pensait qu'il était préférable de confier cette question au Conseil des Territoires du Nord-Ouest.

[90] Enfin, l'argument de M. Caron concernant l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne peut être retenu. L'article 133 ne s'applique qu'au Parlement du Canada et à la législature de Québec. Notre Cour a déjà tranché la question dans l'arrêt *Mercure* et nous ne voyons aucune raison de revenir sur cette conclusion. Dans cet arrêt, le juge La Forest déclare que « [s]ans aucun doute, la langue des débats à l'Assemblée n'était pas visée par l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* étant donné que cette disposition visait précisément à cet égard le Parlement fédéral et la législature [de] Québec » (p. 252). Le juge souligne plutôt que les forces historiques qui ont mené à la prestation du bilinguisme législatif dans les Territoires du Nord-Ouest à compter de 1877 « étaient tout à fait différentes de celles qui ont entraîné le compromis linguistique de 1867 en ce qui a trait aux institutions gouvernementales fédérales et québécoises (art. 133) » (p. 253).

[91] Tout compte fait, les événements de cette période n'aident pas les appelants à démontrer que le *Décret de 1870* contenait une garantie de bilinguisme législatif pour le Territoire du Nord-Ouest. Nous sommes donc d'avis que le juge de la cour provinciale a commis une erreur en concluant que l'administration bilingue combinée après 1870 prouvait l'existence d'un droit constitutionnel au bilinguisme législatif (par. 323 et 351-354). Les textes juridiques, correctement interprétés, non seulement ne permettent pas d'étayer ce point de vue, mais tendent même à prouver le contraire.

D. *The 1869 Royal Proclamation*

[92] The appellant Mr. Caron advances a subsidiary argument to the effect that the *1869 Proclamation* itself entrenches legislative bilingualism.

[93] The *1869 Proclamation* was issued by the Governor General of Canada, in response to the unrest in the Red River Settlement. As noted earlier, it cited the “sorrow and displeasure with which the Queen views the unreasonable and lawless proceedings which have occurred”. It also assured the residents that “on the union with Canada all your civil and religious rights and privileges will be respected”. Mr. Caron considers that this assurance can be read to include a promise of legislative bilingualism.

[94] This assurance, in turn, would be incidentally incorporated in the *1870 Order*. To this end, Mr. Caron focuses on the words of the *1869 Address* (Schedule B to the *1870 Order*), and condition No. 15 of the *1870 Order*, which empowers the Governor in Council to “arrange any details” necessary to carry out the annexation process. In Mr. Caron’s view, the *1869 Proclamation* would therefore be a detail that was necessary to arrange (A.F., at para. 46). This argument builds on the legal inference made by the provincial court judge that the grant of power contained in condition No. 15 extended beyond the conditions specifically listed in the *1870 Order* (para. 526).

[95] We cannot agree, for several reasons. When the *1869 Proclamation* is read in context and in light of its objective, the words “civil and religious rights and privileges” do not connote a solemn promise to guarantee legislative bilingualism. In this respect, we respectfully disagree with the conclusion reached by the provincial court judge that the *1869 Proclamation* was meant to accede to the demands of the residents of the territories concerning language rights (para. 454). His legal inference as to the purpose of the *1869 Proclamation* is not supported by the evidence. We agree with the differing conclusion of the Court of Queen’s Bench judge, who concluded that the *1869 Proclamation*

D. *La Proclamation royale de 1869*

[92] À titre subsidiaire, M. Caron affirme que la *Proclamation de 1869* elle-même consacre le bilinguisme législatif.

[93] Le gouverneur général du Canada signe la *Proclamation de 1869* en réaction aux troubles dans la Colonie de la Rivière-Rouge. Comme nous l’avons mentionné, la Proclamation fait état « du chagrin et du déplaisir avec lesquels la Reine regarde les actes déraisonnables et illégaux qui ont eu lieu ». Elle donne également l’assurance aux résidents que, « sous l’union avec le Canada, tous vos droits et privilèges civils et religieux seront respectés ». Selon M. Caron, on peut voir dans cette assurance une promesse de bilinguisme législatif.

[94] Selon lui, cette assurance sera plus tard incorporée dans le *Décret de 1870* incidemment. À cet égard, M. Caron invoque le texte de l’*Adresse de 1869* (cédule B du *Décret de 1870*) et la condition n° 15 du *Décret de 1870*, qui habilite le gouverneur en conseil à « régler tous détails » nécessaires à l’annexion. De l’avis de M. Caron, la *Proclamation de 1869* constituait un détail à régler (m.a., par. 46). Cet argument est fondé sur l’inférence de droit du juge de la cour provinciale selon laquelle le pouvoir conféré à la condition n° 15 du *Décret de 1870* outrepassait l’objet des autres conditions expressément énumérées dans ce décret (par. 526).

[95] Nous ne pouvons retenir cet argument, et ce pour plusieurs raisons. Lorsque la *Proclamation de 1869* est interprétée à la lumière de son contexte et de son objet, les mots « droits et privilèges civils et religieux » n’évoquent pas une promesse solennelle de garantir le bilinguisme législatif. À cet égard, nous ne pouvons souscrire à la conclusion du juge de la cour provinciale selon laquelle la *Proclamation de 1869* visait à faire droit aux revendications des résidents des territoires en matière de droits linguistiques (par. 454). L’inférence de droit du juge de la cour provinciale quant à l’objet de la *Proclamation de 1869* n’est pas appuyée par la preuve. Nous partageons plutôt le point de vue différent de

was a document designed to defuse the conflict in face of the annexation (para. 179).

[96] While the *1869 Proclamation* should benefit from a liberal interpretation, the words, the context and the purpose of the *1869 Proclamation* must be considered “in order to arrive at an interpretation that, to the greatest extent, harmonizes the grammatical and ordinary sense of the words, read in their entire context, with the scheme and objects of the Proclamation” (*R. v. Marshall*, 2003 NSCA 105, 218 N.S.R. (2d) 78, at para. 203).

[97] As already noted, legislative bilingualism was understood separately from other “rights and privileges”, and was treated as such. The various Lists of Rights drafted by the representatives of the provisional government at the Red River Settlement demanded, on the one hand, that “English and French languages be common in the Legislature and Courts”, and on the other hand that “all properties, rights and privileges” be respected. If, as the appellant asserts, the *1869 Proclamation* was a direct response to the first List of Rights (Caron, A.F., at paras. 44-45), it seems incongruous that the *1869 Proclamation* could somehow guarantee legislative bilingualism while using words (“rights and privileges”) that mirror only the non-language portion of the settlers’ demands. The words, and their divergent meanings, do not support the appellant’s interpretation.

[98] Moreover, the appellant’s proposed interpretation of the historical context of the *1869 Proclamation* does not support the purposive argument he seeks to advance. If, as Mr. Caron argues, the *1869 Proclamation* indeed represented a binding promise to protect a variety of rights, including legislative bilingualism, there would have been no reason for the representatives to draft a second and third List of Rights with the specific intention of securing those rights in the ensuing negotiations with Canada.

[99] As previously discussed, the historical record shows that the provisional government sent three delegates to Ottawa to negotiate rights it wished

la juge de la Cour du Banc de la Reine, qui a conclu que la *Proclamation de 1869* visait à désamorcer les conflits que la perspective de l’annexion avait engendrés (par. 179).

[96] Même s’il y a lieu d’interpréter la *Proclamation de 1869* de manière libérale, il est nécessaire d’en examiner le texte, le contexte et l’objet [TRADUCTION] « afin d’en arriver à une interprétation qui, dans la mesure du possible, permet d’harmoniser le sens grammatical et ordinaire des mots, examinés dans leur contexte global, avec l’économie et l’objet de la Proclamation » (*R. c. Marshall*, 2003 NSCA 105, 218 N.S.R. (2d) 78, par. 203).

[97] Rappelons que le bilinguisme législatif était perçu différemment des autres « droits et privilèges » et était traité de façon distincte. Selon les différentes Listes des droits rédigées par les représentants du gouvernement provisoire à la Colonie de la Rivière-Rouge, d’une part, « [l]’usage des langues anglaise et française sera facultatif dans la législature et les cours de justice » et, d’autre part, « [t]outes propriétés, tous droits et privilèges » seront respectés. Si, comme le soutient l’appelant, la *Proclamation de 1869* constituait une réponse directe à la première Liste des droits (Caron, m.a., par. 44-45), il serait incongru qu’elle puisse garantir le bilinguisme législatif en reprenant les mots exacts (« droits et privilèges ») employés par les colons uniquement dans les réclamations non linguistiques. Les mots, et leurs sens divergents, n’appuient pas l’interprétation de l’appelant.

[98] Qui plus est, l’interprétation de l’appelant en ce qui concerne le contexte historique de la *Proclamation de 1869* n’appuie pas l’argumentation téléologique qu’il avance. Si, comme M. Caron l’affirme, la *Proclamation de 1869* représentait effectivement une promesse exécutoire quant à la protection de certains droits, dont le bilinguisme législatif, les représentants n’auraient eu aucune raison de rédiger une deuxième et une troisième Listes des droits dans le but explicite d’obtenir la reconnaissance de ces droits lors des négociations subséquentes avec le Canada.

[99] Comme nous l’avons vu, il ressort du dossier historique que le gouvernement provisoire a envoyé trois délégués à Ottawa afin de négocier les droits

to see secured. In some respects they were successful. The province of Manitoba was created. The *Manitoba Act, 1870* responded to several of their demands. Seen in this light, and given the context and language of the *1869 Proclamation*, the appellant's argument must fail.

E. Conclusion

[100] In summary, at its highest the appellants' argument is that there was a constitutional guarantee for bilingualism in the North-Western Territory located in the *1870 Order* or in the *1869 Proclamation*. In the context of the unrest, the Lists of Rights, and the negotiations, the promise to respect "legal rights" or "*droits acquis*" / "*droits légaux*" or "rights and privileges" represented an historic compromise and a constitutional guarantee operating to limit a province's power to legislate within its own area of competence. The fact that the joint administration of the North-Western Territory beginning in 1870 was bilingual, combined with the operation of s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, shows that the inhabitants of the North-Western Territory were successful in getting what they bargained for: bilingual governance.

[101] At their most basic, the essence of these lines of reasoning is as follows: the inhabitants of the territories demanded legislative bilingualism in the negotiations with Canada, and we must hold that Canada acceded to this demand and granted a constitutionally protected right throughout the territories, either because Parliament assured the inhabitants in the *1867 Address* that their "legal rights" would be respected and this was attached to the *1870 Order*, or because of the assurances given by the Governor General in 1869.

[102] We note that these arguments have far-reaching consequences. They would require holding that bilingualism has been constitutionally entrenched not only for Alberta, but also for all of the former HBC lands, which now form part of Saskatchewan, Ontario, Quebec, Yukon, Nunavut and present-day Northwest Territories. This reasoning would also require holding that this Court's decision in *Mercurie* is erroneous because bilingualism has been protected in Saskatchewan since 1870. The logical extension

qu'il souhaitait voir protégés. À certains égards, ils ont réussi. La province du Manitoba a été créée. La *Loi de 1870 sur le Manitoba* a répondu à plusieurs de leurs revendications. Examinée sous cet angle, et vu le contexte et le libellé de la *Proclamation de 1869*, la thèse de l'appellant ne peut être retenue.

E. Conclusion

[100] En résumé, les appelants soutiennent essentiellement que le *Décret de 1870* ou la *Proclamation de 1869* comportaient une garantie constitutionnelle de bilinguisme dans le Territoire du Nord-Ouest. Selon eux, vu les troubles, les Listes des droits et les négociations, la promesse quant au respect des « droits acquis », des « droits légaux » (« *legal rights* ») ou des « droits et privilèges » représentait un compromis historique et une garantie constitutionnelle ayant pour effet de restreindre le pouvoir d'une province de légiférer dans sa propre sphère de compétence. Conjugué à l'application de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le fait que l'administration combinée du Territoire du Nord-Ouest était bilingue dès 1870 montre que les habitants du Territoire du Nord-Ouest ont réussi à obtenir ce qu'ils voulaient : l'administration bilingue.

[101] Réduit à sa plus simple expression, le raisonnement est le suivant : les habitants des territoires ont réclamé le bilinguisme législatif au cours de leurs négociations avec le Canada et il nous faudrait conclure que le Canada a acquiescé et accordé un droit garanti par la Constitution dans l'ensemble des territoires parce que le Parlement avait promis à la population dans l'*Adresse de 1867* que ses « droits acquis » seraient respectés, et que l'*Adresse* a été annexée au *Décret de 1870*, ou parce que le gouverneur général, en 1869, a offert des assurances à ce sujet.

[102] À notre avis, ces arguments ont des conséquences d'une portée considérable. Ils nous obligeraient à conclure que le bilinguisme a été constitutionnalisé non seulement en Alberta, mais également dans toutes les terres qui appartenaient auparavant à la Compagnie et qui ressortissent maintenant à la Saskatchewan, à l'Ontario, au Québec, au Yukon, au Nunavut et aux Territoires du Nord-Ouest actuels. Ce raisonnement obligerait aussi à conclure que l'arrêt rendu par notre Cour dans l'affaire

of this reasoning would also lead inevitably to the conclusion that a variety of other demands made by the settlers have been constitutionalized by the words “legal rights”. To note but one example, the settlers demanded bilingual judges (“XVIII. THAT the Judge of the Supreme Court speak the English and French languages”: third List of Rights). As our colleagues describe, this reflected the practice of the time in the pre-annexation territorial courts. The argument that supports the entrenchment of legislative bilingualism throughout the annexed territories supports equally the entrenchment of a right to the exclusive appointment of bilingual judges to the Superior Court, which would continue to the present day.

[103] However, these arguments cannot be sustained in the face of the historical record and the underlying principles of constitutional interpretation. Absent some entrenched guarantee, a province has the authority to decide the language or languages to be used in its legislative process. Clearly, a province may choose to enact its laws and regulations in French and English. But we cannot simply infer a guarantee of legislative bilingualism that would override this exclusive provincial jurisdiction absent clear textual and contextual evidence to support an entrenched right. It has never been the case in our constitutional history that a right to legislative bilingualism was constitutionalized by inference through the vehicle of the words “legal rights”. The words in the *1867 Address* cannot support a constitutional guarantee of legislative bilingualism in the province of Alberta. Parliament knew how to entrench language rights and did so in the *Manitoba Act, 1870* but not in the *1867 Address*.

F. *Fiduciary Duty*

[104] The intervener Association canadienne-française de l'Alberta (“ACFA”) argues that Parliament and the Crown owe a fiduciary duty to Métis

Mercurie est erroné parce que le bilinguisme est protégé en Saskatchewan depuis 1870. La suite logique de ce raisonnement conduirait aussi inévitablement à la conclusion que l'objet de plusieurs autres revendications des colons a été constitutionnalisé par le truchement des termes « droits acquis » ou « droits légaux ». Par exemple, les colons avaient demandé la nomination de juges bilingues (« 18^o Que le Juge de la Cour Suprême parle le français et l'anglais » (troisième Liste des droits)). Comme le décrivent nos collègues, cette revendication traduisait la pratique au sein des cours territoriales à l'époque préalable à l'annexion. Si l'on accepte l'argument selon lequel le bilinguisme législatif a été constitutionnalisé dans tous les territoires annexés, il faut accepter de même qu'un droit à ce que l'on nomme exclusivement des juges bilingues à la Cour supérieure a également été constitutionnalisé et s'applique de nos jours.

[103] Cependant, eu égard au dossier historique et aux principes fondamentaux d'interprétation constitutionnelle, ces arguments ne peuvent être retenus. En l'absence d'une garantie consacrée, les provinces ont le pouvoir de décider la langue ou les langues qu'elles utiliseront pour légiférer. Manifestement, une province peut choisir d'édicter ses lois et règlements en français et en anglais. Toutefois, nous ne pouvons tout simplement pas inférer qu'une garantie de bilinguisme législatif existe et l'emporte sur cette compétence provinciale exclusive sans éléments de preuve textuels et contextuels clairs en ce sens. Il n'est jamais arrivé dans l'histoire constitutionnelle que le droit au bilinguisme législatif soit constitutionnalisé par le jeu d'une inférence fondée sur l'emploi des termes « droits acquis » ou « droits légaux ». Le libellé de l'*Adresse de 1867* n'étaye pas la thèse de l'existence d'une garantie constitutionnelle de bilinguisme législatif en Alberta. Le législateur savait comment garantir des droits linguistiques et c'est ce qu'il a fait dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, pas dans l'*Adresse de 1867*.

F. *Obligation fiduciaire*

[104] L'Association canadienne-française de l'Alberta (« ACFA »), intervenante en l'espèce, fait valoir que le Parlement et la Couronne ont une

and the French-speaking population with regard to legislative bilingualism. The ACFA submits that the three-part test set out by this Court in *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261, is met in this case.

[105] In our view, this submission cannot succeed. As this Court explained in *Elder Advocates*, for an *ad hoc* fiduciary duty to arise, the claimant must show

(1) an undertaking by the alleged fiduciary to act in the best interests of the alleged beneficiary or beneficiaries; (2) a defined person or class of persons vulnerable to a fiduciary's control (the beneficiary or beneficiaries); and (3) a legal or substantial practical interest of the beneficiary or beneficiaries that stands to be adversely affected by the alleged fiduciary's exercise of discretion or control. [para. 36]

[106] However, the Court also emphasized that the adverse effect must be with respect to a “specific private law interest to which the person has a pre-existing distinct and complete legal entitlement” (*Elder Advocates*, at para. 51 (underlining added)). In our view, a private law interest does not arise in the circumstances of this case.

[107] With respect to the relationship between the Métis and the Crown, a fiduciary duty may arise as a result of the “Crown [assuming] discretionary control over specific Aboriginal interests” (*Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at para. 18). While this Court has noted that the relationship between the Métis and the Crown, viewed generally, is fiduciary in nature, not all dealings between parties in a fiduciary relationship are governed by fiduciary obligations (*Manitoba Metis*, at para. 48; see generally paras. 46-50). The appellants have not demonstrated that a fiduciary duty attaches to the Crown in these circumstances.

obligation fiduciaire envers les Métis et la population francophone en matière de bilinguisme législatif. L'ACFA soutient qu'il est satisfait dans l'affaire au critère à trois volets que notre Cour énonce dans *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261.

[105] À notre avis, cet argument ne peut être retenu. Comme notre Cour l'explique dans l'arrêt *Elder Advocates*, pour prouver l'existence d'une obligation fiduciaire *ad hoc*, le demandeur doit démontrer :

(1) un engagement de la part du fiduciaire à agir au mieux des intérêts du bénéficiaire ou des bénéficiaires; (2) l'existence d'une personne ou d'un groupe de personnes définies vulnérables au contrôle du fiduciaire (le bénéficiaire ou les bénéficiaires); et (3) un intérêt juridique ou un intérêt pratique important du bénéficiaire ou des bénéficiaires sur lequel l'exercice, par le fiduciaire, de son pouvoir discrétionnaire ou de son contrôle pourrait avoir une incidence défavorable. [par. 36]

[106] Cependant, la Cour précise également que l'effet défavorable doit toucher « un intérêt de droit privé précis sur lequel la personne exerçait déjà un droit distinct et absolu » (*Elder Advocates*, par. 51 (nous soulignons)). À notre avis, aucun intérêt de droit privé n'existe dans les circonstances de l'espèce.

[107] En ce qui concerne les rapports entre les Métis et la Couronne, une obligation fiduciaire peut naître lorsque « la Couronne assume des pouvoirs discrétionnaires à l'égard d'intérêts autochtones particuliers » (*Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 18). Même si notre Cour a souligné que, généralement, les rapports entre les Métis et la Couronne sont de nature fiduciaire, ce ne sont pas tous les rapports entre les parties qui sont assujettis à une obligation fiduciaire (*Manitoba Metis*, par. 48; voir généralement par. 46-50). Les appelants n'ont pas démontré que la Couronne avait une obligation fiduciaire dans les circonstances de la présente affaire.

V. Disposition

[108] For the above reasons, we would dismiss the appeals and answer the constitutional questions as follows:

1. Is the *Languages Act*, R.S.A. 2000, c. L-6, *ultra vires* or inoperative insofar as it abrogates a constitutional duty owed by Alberta to enact, print and publish its laws and regulations in English and in French in accordance, *inter alia*, with the *Rupert's Land and North-Western Territory Order* of June 23, 1870, R.S.C. 1985, App. II, No. 9?

No.

2. If the answer to question 1 is affirmative, are the *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, c. T-6, and any other laws and regulations that have not been enacted, printed and published by Alberta in English and French inoperative?

It is not necessary to answer this question.

VI. Costs

[109] Mr. Caron seeks solicitor and client costs before all courts. Mr. Boutet seeks party and party costs before all courts. The appellants request these costs irrespective of the outcome of these appeals. Alberta seeks costs against both appellants before this Court, and opposes solicitor and client costs to Mr. Caron.

[110] While costs typically follow the outcome of the case, this Court has the discretion, in appropriate circumstances, to award costs on appeal and in the courts below regardless of the outcome (*Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 47). Here, we would exercise our discretion to depart from the normal practice: despite their lack of success, we would award Mr. Caron and Mr. Boutet their costs on a party and party basis.

[111] This case clearly raises issues of considerable public interest, a fact this Court has already

V. Dispositif

[108] Pour les motifs qui précèdent, nous sommes d'avis de rejeter les pourvois et de répondre de la manière suivante aux questions constitutionnelles :

1. Est-ce que la *Loi linguistique*, R.S.A. 2000, c. L-6, est *ultra vires* ou sans effet dans la mesure où elle abroge une obligation constitutionnelle de l'Alberta d'édicter, d'imprimer et de publier ses lois et ses règlements en français et en anglais conformément, notamment, au *Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest*, le 23 juin 1870, L.R.C. 1985, app. II, n° 9?

Non.

2. En cas de réponse affirmative à la question 1, est-ce que la loi intitulée *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, c. T-6, ainsi que les autres lois et règlements qui n'ont pas été édictés, imprimés et publiés en français et en anglais par l'Alberta, sont inopérants?

Il n'est pas nécessaire de trancher cette question.

VI. Dépens

[109] M. Caron sollicite les dépens avocat-client devant tous les tribunaux. Pour sa part, M. Boutet sollicite les dépens entre parties devant tous les tribunaux. Les appelants sollicitent ces dépens indépendamment de l'issue des présents pourvois. L'Alberta demande que les deux appelants soient condamnés aux dépens devant la Cour et s'oppose à ce que les dépens avocat-client soient adjugés à M. Caron.

[110] Si les dépens suivent en général l'issue de l'instance, la Cour a le pouvoir, dans certaines circonstances, d'adjuger les dépens dans l'appel et devant les cours d'instance inférieure peu importe l'issue de l'appel (*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 47). En l'espèce, nous sommes d'avis de déroger à la pratique habituelle, en vertu de notre pouvoir discrétionnaire : même si MM. Caron et Boutet n'ont pas eu gain de cause, nous leur adjugeons les dépens entre parties.

[111] Il est évident que la présente affaire soulève des questions d'intérêt public considérable,

recognized (*R. v. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78). In that decision, this Court applied the framework that it had earlier established in *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371, and upheld the lower court's decision to award Mr. Caron interim costs — an award granted, by definition, before any decision on the merits. An interim costs award is itself exceptional, reserved for cases that engage issues of public interest and that transcend the individual interests of the particular litigant. In upholding Mr. Caron's interim costs award, this Court held that this litigation is to the benefit of the broader Alberta public interest and the Franco-Albertan community generally (paras. 45 and 49). In addition, the outcome of the litigation impacts “the validity of the entire corpus of Alberta's unilingual statute books” (para. 44). These observations remain true today and apply with equal force to Mr. Boutet.

[112] Further, an award of party and party costs in these circumstances finds footing in this Court's jurisprudence. This Court has previously awarded party and party costs to an unsuccessful party who has raised an issue of public interest in the context of constitutional litigation: see *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique v. British Columbia*, 2013 SCC 42, [2013] 2 S.C.R. 774, at para. 64; see also *DesRochers v. Canada (Industry)*, 2009 SCC 8, [2009] 1 S.C.R. 194. While these appeals originated in a quasi-criminal context, “this case is more in the nature of regular constitutional litigation conducted . . . for the benefit of the Franco-Albertan community generally” (*Caron* (2011), at para. 49).

[113] Although we would award Mr. Caron and Mr. Boutet party and party costs, we see no compelling reason to depart further from the norm to award Mr. Caron solicitor and client costs. Mr. Caron was not successful in establishing the language rights he sought. In balancing the competing interests at

ce que la Cour avait reconnu dans l'arrêt *R. c. Caron*, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78. La Cour avait alors appliqué le cadre qu'elle avait établi précédemment dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371, et avait confirmé la décision de première instance de rendre en faveur de M. Caron une ordonnance de provision pour frais — qui intervient, par définition, avant toute décision sur le fond. Une telle ordonnance constitue une mesure exceptionnelle, que l'on réserve aux affaires qui soulèvent des questions d'intérêt public et transcendent les intérêts individuels d'une partie. En confirmant l'ordonnance à l'égard de M. Caron, la Cour a conclu que le litige avait été engagé dans l'intérêt public général des Albertains et au profit de la communauté franco-albertaine dans son ensemble (par. 45 et 49). Qui plus est, l'issue du litige a une incidence sur la validité de « tout le corpus des textes juridiques unilingues de l'Alberta » (par. 44). Ces remarques n'ont rien perdu de leur véracité et s'appliquent autant dans le cas de M. Boutet.

[112] De plus, on trouve dans la jurisprudence de la Cour des précédents d'adjudication des dépens entre parties dans de telles circonstances. En effet, la Cour a déjà accordé ce type de dépens à une partie ayant succombé, parce qu'elle avait soulevé une question d'intérêt public dans le cadre d'un litige en matière constitutionnelle (voir *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2013 CSC 42, [2013] 2 R.C.S. 774, par. 64; voir aussi *DesRochers c. Canada (Industrie)*, 2009 CSC 8, [2009] 1 R.C.S. 194). Même si les faits générateurs des litiges appartiennent au domaine quasi criminel « la présente affaire constitue davantage un litige constitutionnel ordinaire qui a été engagé [. . .] au profit de la communauté franco-albertaine dans son ensemble » (*Caron* (2011), par. 49).

[113] Si nous sommes d'avis d'accorder à MM. Caron et Boutet les dépens entre parties, il n'existe selon nous aucun motif impérieux de déroger davantage à la norme et d'adjuger à M. Caron les dépens avocat-client. M. Caron n'a pas réussi à démontrer l'existence des droits linguistiques qu'il

play, including access to justice, the result, and the use of public funds, we are not persuaded that such an elevated costs award is justified in this case.

[114] In sum, we would exercise our discretion to award Mr. Caron and Mr. Boutet party and party costs here and in the Court of Appeal and the summary conviction appeal court. This award of costs in no way disturbs the interim costs previously awarded to Mr. Caron, as affirmed by this Court in 2011. While the resolution of the present appeals is not in the appellants' favour, this litigation has nevertheless served an important public function.

The reasons of Abella, Wagner and Côté JJ. were delivered by

WAGNER AND CÔTÉ JJ. (dissenting) —

I. Introduction

[115] The answer to the question whether Alberta is constitutionally required to enact, print and publish all its laws in French as well as in English is written across the history of Rupert's Land and the North-Western Territory. It requires us to go back to the country's foundational moments, to its "constitution" in the most literal sense. More precisely, at the heart of this case are the negotiations regarding the annexation of Rupert's Land and the North-Western Territory to Canada. These negotiations between representatives of the provisional government of the territories to be annexed and representatives of the Canadian government took place in the period leading up to 1870. It is common ground that they unequivocally resulted in a historic political compromise that permitted the annexation of those territories.

[116] We conclude that Alberta is constitutionally required to enact, print and publish its laws in both French and English. We reach this conclusion on the basis that the historic agreement between the Canadian government and the inhabitants of Rupert's Land and the North-Western Territory

revendiquait. Après avoir pris en compte les divers intérêts en jeu, dont l'accès à la justice, l'issue du litige et l'utilisation des fonds publics, nous ne sommes pas convaincus qu'il est justifié d'adjuger des dépens si élevés.

[114] Bref, nous sommes d'avis d'exercer notre pouvoir discrétionnaire pour accorder à MM. Caron et Boutet les dépens entre parties devant la Cour, devant la Cour d'appel et devant la cour d'appel des poursuites sommaires. Notre décision ne change rien à l'ordonnance de provision pour frais qui avait été rendue à l'égard de M. Caron et avait été confirmée par la Cour en 2011. Même si l'issue des présents pourvois n'est pas favorable aux appelants, le litige a néanmoins rempli une fonction publique importante.

Version française des motifs des juges Abella, Wagner et Côté rendus par

LES JUGES WAGNER ET CÔTÉ (dissidents) —

I. Introduction

[115] La réponse à la question de savoir si l'Alberta a une obligation constitutionnelle d'édicter, d'imprimer et de publier ses lois en français et en anglais se retrouve dans l'histoire de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest. Il faut ainsi remonter à l'époque de la fondation du pays, à sa « constitution » dans le sens littéral du terme. Plus précisément, les négociations concernant l'annexion de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest au Canada sont au cœur des présents pourvois. Ces négociations entre les représentants du gouvernement provisoire des territoires à annexer et les représentants du gouvernement canadien ont eu lieu pendant une certaine période s'étant terminée en 1870. Le résultat non équivoque de ces négociations fut un compromis politique historique qui a permis l'annexion de ces territoires.

[116] Nous concluons que l'Alberta a l'obligation constitutionnelle d'édicter, d'imprimer et de publier ses lois en français et en anglais. Notre conclusion est fondée sur le fait que l'entente historique conclue entre le gouvernement canadien et la population de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest

contained a promise to protect legislative bilingualism. We accept the appellants' argument that that agreement is constitutionally entrenched by virtue of the *1867 Address* of Parliament to the Queen. We would therefore allow the appeals.

[117] There are three principles that are of paramount importance in this case and that must inform our reading of the *1867 Address*. The first is that the Constitution must be interpreted in light of its historical, philosophical and linguistic context. The second is that constitutional provisions must be interpreted broadly and purposively. The third relates to the very nature of a constitution, which is an expression of the will of the people.

[118] In accordance with these fundamental principles of constitutional interpretation, the following conclusions provide compelling support for the appellants' case. First, it can be seen from the historical record that legislative bilingualism was in effect throughout the territories before the annexation. Second, representatives of the territories demanded legislative bilingualism as a peremptory condition for annexation, and this demand was met with no resistance from Canada. On the contrary, Canadian representatives offered clear assurances that legislative bilingualism in the territories would unquestionably be provided for. Third, the *1867 Address*, read against this background, enshrined the promise of legislative bilingualism, and this interpretation is supported by subsequent documents, notably the *Royal Proclamation* of 1869. Finally, nothing in the *Manitoba Act, 1870*, S.C. 1870, c. 3, negates this reading; indeed, that Act effectively ensured that legislative bilingualism would continue to prevail throughout the territories after the annexation.

[119] In short, the historical record clearly shows that there was an agreement to protect legislative bilingualism throughout the annexed territories. This agreement was constitutionally enshrined in the *Rupert's Land and North-Western Territory Order* (1870) (U.K.) (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 9) (the "*1870 Order*") — which incorporated

contenait une promesse de protéger le bilinguisme législatif. Nous acceptons l'argument des appelants selon lequel cette entente a été constitutionnalisée par le truchement de l'*Adresse de 1867* du Parlement à la Reine. En conséquence, nous sommes d'avis d'accueillir les appels.

[117] Trois principes revêtent une importance primordiale en l'espèce et doivent guider notre interprétation de l'*Adresse de 1867*. Selon le premier, la Constitution doit être interprétée à la lumière de ses contextes historique, philosophique et linguistique. Selon le deuxième, les dispositions constitutionnelles doivent faire l'objet d'une interprétation large et téléologique. Le troisième est de l'essence même d'une constitution, laquelle représente l'expression de la volonté d'un peuple.

[118] Les conclusions qui suivent, conformes à ces principes fondamentaux d'interprétation constitutionnelle, étayent solidement l'argument des appelants. Premièrement, il ressort du dossier historique que le bilinguisme législatif existait dans l'ensemble des territoires avant l'annexion. Deuxièmement, les représentants des territoires avaient réclamé le bilinguisme législatif comme condition *sine qua non* d'annexion, et leur demande ne s'est heurtée à aucune résistance à cet égard de la part du Canada. Au contraire, les représentants canadiens ont donné l'assurance non équivoque que le bilinguisme législatif dans les territoires serait indubitablement respecté. Troisièmement, en raison de ce contexte, on peut conclure que l'*Adresse de 1867* a consacré la promesse de bilinguisme législatif, une interprétation qu'étayaient des documents ultérieurs, dont la *Proclamation royale* de 1869. Enfin, rien dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.C. 1870, c. 3, ne vient contredire cette interprétation. En effet, cette loi a effectivement assuré la continuité du bilinguisme législatif dans l'ensemble des territoires après l'annexion.

[119] Bref, le dossier historique démontre clairement l'existence d'une entente qui protégeait le bilinguisme législatif dans l'ensemble des territoires annexés. Cette entente a été constitutionnalisée dans le *Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest* (1870) (R.-U.) (reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 9) (le « *Décret*

the *1867 Address* — as is confirmed by the events of that period.

II. Facts and Judicial History

[120] Mr. Boutet and Mr. Caron were charged with traffic offences in Alberta under the *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, c. T-6, which had been enacted in English only. They concede the facts, which are sufficient to establish their guilt beyond a reasonable doubt. However, they argue that the *Traffic Safety Act* is unconstitutional because it was not enacted in both French and English.

[121] At trial, both were found not guilty by Judge Wenden of the Provincial Court, who concluded that the *Traffic Safety Act* was of no force and effect, because Alberta was under a constitutional obligation to enact its laws in French as well as in English: 2008 ABPC 232, 95 Alta. L.R. (4th) 307. The trial court's decision turned on the constitutional status of the *Royal Proclamation of December 6, 1869*. Wenden Prov. Ct. J. ultimately concluded that the *Royal Proclamation* was a constitutional document that contained a promise regarding the bilingual publication of statutes, which applied throughout the region that was then Rupert's Land and the North-Western Territory.

[122] The Court of Queen's Bench allowed the Crown's appeal, concluding that the province was under no such obligation: 2009 ABQB 745, 23 Alta. L.R. (5th) 321. Eidsvik J. found that although French had been widely used in Rupert's Land and the North-Western Territory, neither the *Royal Proclamation* nor the *1870 Order* had had the effect of constitutionalizing language rights in what is now Alberta. She concluded that the *Proclamation* had been a political gesture and that the *1867 Address* did not include language rights.

[123] Mr. Boutet and Mr. Caron appealed to the Alberta Court of Appeal, and their appeals were dismissed: 2014 ABCA 71, 92 Alta. L.R. (5th) 306. Rowbotham J.A., writing for herself and O'Brien J.A., upheld the decision of the Court of Queen's Bench. She concluded that the geographic scope

de 1870 ») — auquel l'*Adresse de 1867* est annexée —, comme le confirment les événements de l'époque.

II. Faits et historique judiciaire

[120] MM. Boutet et Caron ont été accusés d'infractions en Alberta en vertu de la *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, c. T-6, adoptée uniquement en anglais. Ils reconnaissent les faits, lesquels sont suffisants pour établir leur culpabilité hors de tout doute raisonnable. Ils soutiennent toutefois que la *Traffic Safety Act* est inconstitutionnelle parce qu'elle n'a pas été adoptée en français et en anglais.

[121] Au procès, le juge Wenden de la Cour provinciale les a acquittés. Il a conclu que la *Traffic Safety Act* était inopérante parce que l'Alberta avait l'obligation constitutionnelle d'adopter ses lois en français et en anglais (2008 ABPC 232, 95 Alta. L.R. (4th) 307). La décision de première instance portait principalement sur le statut constitutionnel de la *Proclamation royale* du 6 décembre 1869. Le juge Wenden a ultimement conclu que ce document était de nature constitutionnelle et contenait une promesse portant sur la publication bilingue des lois applicables dans l'ensemble de la région constituée alors par la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest.

[122] La Cour du Banc de la Reine a accueilli l'appel interjeté par le ministère public, jugeant que la province n'était liée par aucune telle obligation (2009 ABQB 745, 23 Alta. L.R. (5th) 321). La juge Eidsvik a conclu que même si le français était couramment utilisé dans la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest, ni la *Proclamation royale* ni le *Décret de 1870* n'avaient eu pour effet de constitutionnaliser les droits linguistiques dans la région qui est maintenant l'Alberta. Selon la juge, la *Proclamation* ne constituait qu'un geste politique, et l'*Adresse de 1867* ne prévoyait pas de droits linguistiques.

[123] MM. Boutet et Caron ont interjeté appel à la Cour d'appel de l'Alberta, qui a rejeté les pourvois (2014 ABCA 71, 92 Alta. L.R. (5th) 306). S'exprimant en son propre nom et pour le juge O'Brien, la juge Rowbotham a confirmé la décision de la Cour du Banc de la Reine. Elle a conclu que

of the right to publication of legislation in both English and French that had existed before the annexation was limited to the District of Assiniboia. Moreover, she agreed with Eidsvik J. that this right had not been constitutionally entrenched by the *Proclamation* or the *1870 Order*. She relied on the fact that Parliament had shown that it knew how to entrench language rights at the time, as can be seen from s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*.

[124] In concurring reasons, Slatter J.A. concluded that this Court's decision in *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234, was binding and that the case could be disposed of on the basis of *stare decisis*. He nevertheless proceeded to assess the constitutional claims. Although he agreed that interpretive principles should be applied to favour the protection of minority rights, he found that the historical documents could not be amplified so as to entrench linguistic protection. He further concluded that the language rights that existed at the time of the annexation and the *Proclamation* were limited geographically to the Red River Colony.

III. Issues

[125] On September 24, 2014, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

1. Is the *Languages Act*, R.S.A. 2000, c. L-6, *ultra vires* or inoperative insofar as it abrogates a constitutional duty owed by Alberta to enact, print and publish its laws and regulations in English and in French in accordance, *inter alia*, with the *Rupert's Land and North-Western Territory Order* of June 23, 1870, R.S.C. 1985, App. II, No. 9?
2. If the answer to question 1 is affirmative, are the *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, c. T-6, and any other laws and regulations that have not been enacted, printed and published by Alberta in English and French inoperative?

IV. Analysis

[126] In accordance with the procedure set out in s. 146 of the *Constitution Act, 1867*, the Senate

le droit en matière de publication des lois en anglais et en français existant avant l'annexion ne s'appliquait que dans le district d'Assiniboine. En outre, elle partageait l'avis de la juge Eidsvik, selon qui ce droit n'a été constitutionnalisé ni par la *Proclamation* ni par le *Décret de 1870*. Sa conclusion était fondée sur le fait que le Parlement avait démontré qu'il savait comment consacrer des droits linguistiques à l'époque, comme en fait foi l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*.

[124] Dans ses motifs concordants, le juge Slatter est arrivé à la conclusion que l'arrêt *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234, liait les cours et que l'affaire pouvait être tranchée sur la base de la règle du *stare decisis*. Il a néanmoins examiné les questions de nature constitutionnelle. Même s'il était d'avis que les principes d'interprétation devaient être appliqués de manière à favoriser la protection des droits des minorités, il a toutefois conclu que les documents historiques n'appuyaient pas une lecture élargie permettant de consacrer une protection linguistique. Il a de plus conclu que la *Proclamation* et les droits linguistiques qui existaient à l'époque de l'annexion étaient limités sur le plan géographique à la Colonie de la Rivière-Rouge.

III. Questions

[125] Le 24 septembre 2014, la Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes :

1. Est-ce que la *Loi linguistique*, R.S.A. 2000, c. L-6, est *ultra vires* ou sans effet dans la mesure où elle abroge une obligation constitutionnelle de l'Alberta d'édicter, d'imprimer et de publier ses lois et ses règlements en français et en anglais conformément, notamment, au *Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest*, le 23 juin 1870, L.R.C. 1985, app. II, n° 9?
2. En cas de réponse affirmative à la question 1, est-ce que la loi intitulée *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, c. T-6, ainsi que les autres lois et règlements qui n'ont pas été édictés, imprimés et publiés en français et en anglais par l'Alberta, sont inopérants?

IV. Analyse

[126] Conformément à la procédure établie à l'art. 146 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le

and the House of Commons asked the Queen in the *1867 Address* to admit Rupert's Land and the North-Western Territory into the Dominion. The relevant portion of s. 146 reads as follows:

146. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice of Her Majesty's Most Honourable Privy Council, . . . on Address from the Houses of the Parliament of Canada to admit Rupert's Land and the North-western Territory, or either of them, into the Union, on such Terms and Conditions in each Case as are in the Addresses expressed and as the Queen thinks fit to approve, subject to the Provisions of this Act; and the Provisions of any Order in Council in that Behalf shall have effect as if they had been enacted by the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland.

The effect of the final clause of s. 146 was to subject the Parliament of Canada to any order issued by the Queen in Council under that section. In other words, the Parliament of Canada was not competent to alter any terms or conditions expressed in an address of Parliament that had been approved by the Queen in an order pursuant to s. 146. This was clearly set out in s. 2 of the *Colonial Laws Validity Act, 1865* (U.K.), 28 & 29 Vict., c. 63, which provides:

2. Any Colonial Law which is or shall be in any respect repugnant to the Provisions of any Act of Parliament extending to the Colony to which such Law may relate, or repugnant to any Order or Regulation made under Authority of such Act of Parliament, or having in the Colony the Force and Effect of such Act, shall be read subject to such Act, Order, or Regulation, and shall, to the Extent of such Repugnancy, but not otherwise, be and remain absolutely void and inoperative.

[127] The *1867 Address* stated that upon Great Britain's agreeing to transfer the territories, Canada would provide for the "legal rights" of any individual therein. It reads as follows:

That in the event of your Majesty's Government agreeing to transfer to Canada the jurisdiction and control over

Sénat et la Chambre des communes demandent à la Reine, dans l'*Adresse de 1867*, d'admettre la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest dans le Dominion. La partie de l'art. 146 qui nous intéresse est ainsi libellée :

146. Il sera loisible à la Reine, de l'avis du très-honorable Conseil Privé de Sa Majesté, sur la présentation d'adresses de la part des chambres du Parlement du Canada, [. . .] d'admettre la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest, ou l'une ou l'autre de ces possessions, dans l'union, aux termes et conditions, dans chaque cas, qui seront exprimés dans les adresses et que la Reine jugera convenable d'approuver, conformément à la présente; les dispositions de tous ordres en conseil rendus à cet égard, auront le même effet que si elles avaient été décrétées par le parlement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande.

Suivant la dernière partie de l'art. 146, le Parlement du Canada était assujéti à tout décret de la Reine en conseil rendu en vertu de cette disposition. Autrement dit, le Parlement du Canada n'avait pas compétence pour modifier les termes ou conditions énoncés dans les adresses du Parlement approuvées par la Reine par le truchement d'un décret pris par application de l'art. 146. C'est clairement ce qui est prévu à l'art. 2 de la *Colonial Laws Validity Act, 1865* (R.-U.), 28 & 29 Vict., c. 63, reproduit ci-dessous :

2. Toute loi coloniale qui est ou sera incompatible, à quelque égard que ce soit, avec des dispositions d'une loi du parlement s'appliquant à la colonie à laquelle cette loi peut se rapporter ou incompatible avec un arrêté ou règlement rendu en vertu de cette loi du parlement, ou ayant dans la colonie la vigueur ou l'effet de cette loi, doit s'interpréter subordonnément à cette loi, à cet arrêté ou règlement, et doit dans la mesure de cette incompatibilité mais non autrement, être ou demeurer absolument nulle et inopérante.

[127] Aux termes de l'*Adresse de 1867*, advenant le consentement de la Grande-Bretagne au transfert des territoires, le Canada pourvoira à ce que les « droits acquis » de tout individu de ces régions soient respectés. Voici le libellé de l'adresse dans sa version anglaise :

That in the event of your Majesty's Government agreeing to transfer to Canada the jurisdiction and control

the said region, the Government and Parliament of Canada will be ready to provide that the legal rights of any corporation, company, or individual within the same shall be respected, and placed under the protection of Courts of competent jurisdiction. [Emphasis added.]

[128] The Address was adopted by both houses of Parliament in English and in French. The initial French version of this passage states:

Que dans le cas où le Gouvernement de Votre Majesté consentirait à donner juridiction et contrôle au *Canada* sur ces régions, le Gouvernement et le Parlement du *Canada* seront prêts à pourvoir à ce que les droits acquis de toute Corporation, Compagnie ou Individu de ces régions soient respectés et placés sous la protection de Cours de Justice de juridiction compétente . . . [Underlining added.]

(*Journaux de la Chambre des communes de la Puissance du Canada*, vol. I, 1st Sess., 1st Parl., December 12, 1867, at p. 68)

[129] The promise in the *1867 Address* to respect the “legal rights” of the inhabitants of Rupert’s Land and the North-Western Territory forms part of the Constitution of Canada by virtue of the Address being annexed to the *1870 Order*. As we noted above, s. 146 provided for the entrenchment of the terms and conditions contained in the Address, from the time when the *1870 Order* was issued, as if those terms and conditions had been enacted by statute of the Imperial Parliament. The constitutional status of the Address is reaffirmed in the modern context by virtue of the fact that the *1870 Order* is a constitutional document pursuant to s. 52(2)(b) of, and the Schedule to, the *Constitution Act, 1982*. The principles of constitutional interpretation must therefore be applied in order to establish the meaning of the term “legal rights”. Properly understood, the constitutional compromise that gave rise to this promise encompasses legislative bilingualism.

[130] Given the extended review of *Mercurie* by the courts below, we will begin our analysis by discussing the real impact of that case on the case at

over the said region, the Government and Parliament of Canada will be ready to provide that the legal rights of any corporation, company, or individual within the same shall be respected, and placed under the protection of Courts of competent jurisdiction. [Nous soulignons.]

[128] Cette adresse fut adoptée en français et en anglais par les deux chambres du Parlement. La version française initiale de ce passage est rédigée ainsi :

Que dans le cas où le Gouvernement de Votre Majesté consentirait à donner juridiction et contrôle au *Canada* sur ces régions, le Gouvernement et le Parlement du *Canada* seront prêts à pourvoir à ce que les droits acquis de toute Corporation, Compagnie ou Individu de ces régions soient respectés et placés sous la protection de Cours de Justice de juridiction compétente . . . [Nous soulignons.]

(*Journaux de la Chambre des communes de la Puissance du Canada*, vol. I, 1^{re} sess., 1^{re} lég., 12 décembre 1867, p. 68)

[129] La promesse contenue dans l’*Adresse de 1867* de respecter les « droits acquis » des habitants de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest fait partie de la Constitution du Canada par l’effet de l’annexion de l’*Adresse* au *Décret de 1870*. Comme nous le mentionnons précédemment, aux termes de l’art. 146, les termes et conditions qui figurent dans l’*Adresse* sont consacrés dès lors que le *Décret de 1870* est pris, comme s’ils avaient été édictés sous forme de loi par le Parlement impérial. La valeur constitutionnelle de l’*Adresse* est à nouveau confirmée à l’époque moderne par le fait que le *Décret de 1870* est un document constitutionnel suivant l’al. 52(2)(b) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et l’annexe de cette dernière. En conséquence, il faut appliquer les principes d’interprétation constitutionnelle pour déterminer la signification du terme « droits acquis » (« droits légaux » dans une version subséquente de l’*Adresse*; en anglais « *legal rights* »). Correctement interprété, le compromis constitutionnel à la source de cette promesse vise le bilinguisme législatif.

[130] Étant donné l’analyse approfondie que font les tribunaux d’instance inférieure de l’arrêt *Mercurie*, nous commencerons par examiner l’incidence réelle

bar. We will then turn to the core of our reasoning, which will be set out in two parts. First, we will discuss the historical context, which in our view leads to the unavoidable conclusion that there was a historic compromise regarding legislative bilingualism. We are of the opinion that the *1867 Address* established a constitutional guarantee of legislative bilingualism throughout the territories annexed in 1870. As we mentioned above, the Address promised that, once the annexation took place, “the Government and Parliament of Canada will be ready to provide that the legal rights of any . . . individual within the [territories] shall be respected”. By its very terms, this promise was a forward-looking undertaking that was meant to be shaped by subsequent negotiations. The meaning of its terms must therefore be informed by those negotiations. As we will explain below, the historical record shows convincingly that the representatives of the territories’ inhabitants demanded legislative bilingualism as a condition of annexation, and that the Canadian representatives accepted that demand without objection — indeed, with assurances that it would be met. This demand for legislative bilingualism and its acceptance by Canada were grounded in the pre-annexation linguistic rights and practices in the territories, including an established right to legislative bilingualism. This historical context shows that by the time the *1870 Order* annexed the territories to Canada, the Government of Canada had come to accept that legislative bilingualism was among the rights of the territories’ inhabitants. Thus, when the documents are properly interpreted in their entire context, legislative bilingualism was included in the promise of the *1867 Address* — itself incorporated into the *1870 Order* — to respect the inhabitants’ “legal rights”.

[131] In the second part of the core of our reasoning, we will analyze the *1867 Address* in light of the three principles of constitutional interpretation identified above. The interpretation of the Address also leads to the conclusion that legislative bilingualism is constitutionally entrenched in Alberta.

de cette affaire sur celle qui nous occupe. Nous présenterons ensuite l’essentiel de notre raisonnement, en deux temps. Premièrement, nous analyserons le contexte historique qui, à notre avis, mène inévitablement à la conclusion qu’il y a eu un compromis historique en ce qui concerne le bilinguisme législatif. Nous sommes d’avis que l’*Adresse de 1867* a consacré une garantie constitutionnelle de bilinguisme législatif dans l’ensemble des territoires annexés en 1870. Comme nous le mentionnons précédemment, l’*Adresse* promet qu’après l’annexion « le Gouvernement et le Parlement du Canada seront prêts à pourvoir à ce que les droits acquis de tou[t] [. . .] Individu de ces régions soient respectés ». Selon ses propres termes, cette promesse constituait un engagement dont la forme serait finalisée par les négociations ultérieures. En conséquence, l’interprétation de ses termes doit se faire à la lumière de ces négociations. Le dossier historique démontre de manière convaincante que les représentants de la population des territoires ont fait du bilinguisme législatif une condition d’annexion et que non seulement leurs homologues canadiens ne s’y sont pas objectés, mais ils ont même donné l’assurance que cette condition serait respectée. Cette revendication du bilinguisme législatif et son acceptation par le Canada étaient fondées sur les droits et les pratiques linguistiques en cours dans les territoires avant l’annexion, dont le droit établi au bilinguisme législatif. Le contexte historique démontre qu’à l’époque où le *Décret de 1870* annexait les territoires au Canada, le gouvernement du Canada avait fini par accepter que le bilinguisme législatif fasse partie des droits de la population des territoires. En conséquence, l’interprétation juste des documents dans leur contexte intégral mène à la conclusion que le bilinguisme législatif était visé par la promesse contenue dans l’*Adresse de 1867* — annexée plus tard au *Décret de 1870* —, à savoir celle de respecter les « droits acquis » des habitants.

[131] La deuxième partie de l’essentiel de notre raisonnement contient notre analyse de l’*Adresse de 1867* à la lumière des trois principes d’interprétation constitutionnelle susmentionnés. Notre interprétation de l’*Adresse* mène également à la conclusion que le bilinguisme législatif est constitutionnalisé en Alberta.

A. *Impact of Mercure*

[132] *Mercure* is not dispositive. As Alberta concedes, the questions in the instant case differ significantly from those raised in *Mercure*. The questions in *Mercure* were whether s. 110 of *The North-West Territories Act*, R.S.C. 1886, c. 50 (s. 110 rep. & sub. 1891, c. 22, s. 18), continued to apply, in whole or in part, to the province of Saskatchewan by virtue of s. 16 of the *Saskatchewan Act*, S.C. 1905, c. 42, and whether the language rights derived from s. 110 were constitutionally entrenched. This Court concluded that s. 110 was not entrenched and that it was therefore not a source of constitutional protection (*Mercure*, at p. 272).

[133] In the instant case, the question is whether the *Languages Act*, R.S.A. 2000, c. L-6, which was enacted after this Court's decision in *Mercure*, is invalid on the basis that Alberta is under a constitutional obligation to publish its laws in French in accordance with, *inter alia*, the *1870 Order*. This case thus turns on the possible existence of a constitutionally entrenched right that predates s. 110 of *The North-West Territories Act*.

[134] This distinction is significant. As Eidsvik J. noted in the case at bar, *Mercure* did not deal with the effect of the *Royal Proclamation* of 1869, the *1870 Order*, or the 1867 and 1869 addresses. Unlike in *Mercure*, the trial court in this case heard voluminous evidence arising from the historical inquiry. Wenden Prov. Ct. J. heard from eight expert witnesses over the course of an 89-day trial. These witnesses were experts in history, sociology, sociolinguistics and political science. Academic books and articles were also filed in support of their testimony. The hearing transcript was more than 9,000 pages long.

[135] *Mercure* is of limited relevance to the instant case, and we therefore do not need to disturb

A. *L'incidence de l'arrêt Mercure*

[132] L'arrêt *Mercure* ne permet pas de trancher la présente affaire. Comme l'Alberta le concède, les questions en litige en l'espèce diffèrent de manière significative de celles qui étaient soulevées dans *Mercure*. Dans cet arrêt, les questions auxquelles la Cour devait répondre étaient de savoir si l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest*, S.R.C. 1886, c. 50 (art. 110 abr. & rempl. 1891, c. 22, art. 18), continuait de s'appliquer, en totalité ou en partie, à la province de la Saskatchewan en vertu de l'art. 16 de la *Loi sur la Saskatchewan*, S.C. 1905, c. 42, et si les droits linguistiques découlant de l'art. 110 faisaient partie de la Constitution. La Cour a conclu que l'art. 110 n'en faisait pas partie et ne pouvait donc constituer une source de protection constitutionnelle (*Mercure*, p. 272).

[133] Dans la présente affaire, la question est de savoir si la *Loi linguistique*, R.S.A. 2000, c. L-6, édictée après la décision de la Cour dans l'arrêt *Mercure*, est invalide en raison d'une obligation constitutionnelle qui incomberait à l'Alberta, soit celle de publier ses lois en français en vertu, entre autres, du *Décret de 1870*. Ainsi, la question déterminante est celle de savoir si un droit constitutionnel existait avant l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest*.

[134] Cette distinction est importante. Comme la juge Eidsvik l'a fait remarquer en l'espèce, *Mercure* ne portait pas sur l'effet de la *Proclamation royale* de 1869, du *Décret de 1870* ou des adresses de 1867 et 1869. Contrairement à ce qui s'est produit dans l'affaire *Mercure*, la cour de première instance a entendu une preuve volumineuse issue de la recherche historique. Le juge Wenden a entendu huit témoins experts, tout au long d'un procès qui a duré 89 jours. L'expertise des témoins portait sur l'histoire, la sociologie, la sociolinguistique ainsi que les sciences politiques. Des ouvrages et articles savants furent également déposés au soutien des témoignages. La transcription de l'audience fait plus de 9 000 pages.

[135] La pertinence de l'arrêt *Mercure* en l'espèce est limitée. Il est donc inutile de modifier ses

its conclusions, which were based on s. 110 of *The North-West Territories Act*. We recognize that in *Mercure*, the Court believed that its decision dealt exhaustively with French language rights in Saskatchewan (and in Alberta, as can be seen from its subsequent decision in *R. v. Paquette*, [1990] 2 S.C.R. 1103). Although the Court did, in *Mercure*, touch on some of the issues that are central to the case at bar, the findings it made in that regard were not central to its holding. In particular, it did not undertake an analysis of the compromise underlying the *1870 Order*. An argument that simply touches peripherally on an issue cannot preclude other parties from raising it as a central issue in a subsequent case. To hold otherwise would be unjust.

[136] Alberta also compares the *1870 Order* with the *Manitoba Act, 1870* by reference to La Forest J.'s statement in *Mercure*, at p. 271, that “Parliament knew full well how to entrench a provision if it wished to do so” (Boutet, R.F., at para. 26). We find, for several reasons, that this statement does not disprove the existence of a promise for legislative bilingualism in the North-Western Territory. First, the political climate at the time was imbued with improvisation. Second, the fact that the provisions differed in terms of their specificity reflects the distinct purposes and origins of the two documents — the *Manitoba Act, 1870* established a new province, whereas the *1870 Order* annexed a territory that would be administered federally. Third, as we will explain below, such an interpretation also runs counter to the established principles of constitutional interpretation.

[137] Accordingly, *Mercure* does not preclude a finding that a promise of legislative bilingualism was included in the *1870 Order*.

conclusions, fondées sur l’art. 110 de l’*Acte des territoires du Nord-Ouest*. Nous reconnaissons que, dans *Mercure*, la Cour croyait que sa décision traitait de façon exhaustive des droits linguistiques de la minorité francophone de la Saskatchewan (et de l’Alberta, comme le démontre sa décision ultérieure dans l’arrêt *R. c. Paquette*, [1990] 2 R.C.S. 1103). Malgré que la Cour ait abordé dans l’affaire *Mercure* certaines questions qui sont au cœur des présents pourvois, ses conclusions sur ces questions n’ont pas été déterminantes pour résoudre la question en litige. Tout particulièrement, la Cour dans l’arrêt *Mercure* n’a pas analysé le compromis sous-tendant le *Décret de 1870*. Lorsqu’un argument ne fait qu’effleurer une question, on ne saurait nier la possibilité à d’autres parties dans une instance subséquente d’en faire la question centrale de leur litige. Toute autre conclusion serait injuste.

[136] L’Alberta compare aussi le *Décret de 1870* avec la *Loi de 1870 sur le Manitoba* en référant à la déclaration suivante du juge La Forest dans *Mercure*, p. 271 : « Le Parlement savait très bien comment enchâsser une disposition s’il voulait le faire » (Boutet, m.i., par. 26). Nous estimons, pour plusieurs raisons, que cette déclaration ne dément pas l’existence d’une promesse de bilinguisme législatif dans le Territoire du Nord-Ouest. D’abord, le climat politique de l’époque comportait une certaine improvisation. Ensuite, le fait que les dispositions divergent sur le plan de leurs particularités témoigne des objectifs et origines respectifs des deux documents : la *Loi de 1870 sur le Manitoba* créait une nouvelle province, alors que le *Décret de 1870* annexait un territoire qui serait administré par le gouvernement fédéral. Enfin, comme nous le verrons, une telle interprétation va aussi à l’encontre de principes d’interprétation constitutionnelle reconnus.

[137] En conséquence, l’arrêt *Mercure* n’empêche nullement de conclure à l’existence d’une promesse de bilinguisme législatif dans le *Décret de 1870*.

B. *Preparing for a Contextual Interpretation: The Historical Context of the 1867 Address*

[138] In order to conduct a proper analysis of the *1867 Address*, and in accordance with the established principles of constitutional interpretation, it is essential for us to review the factual record submitted by the parties. A failure to do so would result in an incomplete decision that would be both fragile from a legal perspective and unjust to the parties. Our colleagues assert that there is little to no evidence in support of the argument advanced by the appellants (paras. 56 and 59). However, in the substantial record that was presented over the course of an 89-day trial, we have identified ample evidence to support the conclusion that there was a constitutionally entrenched promise of legislative bilingualism.

[139] As the appellants contend, the content of the promises conveyed in the *1867 Address* cannot be interpreted without reference to the context in which they were made. This Court has committed itself to taking a holistic approach to constitutional analysis by considering all the relevant historical sources: see e.g. *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217 (“*Secession Reference*”); *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010.

[140] The importance of a contextual interpretation of the *1870 Order* was emphasized by Groberman J.A. in *Ross River Dena Council v. Canada (Attorney General)*, 2013 YKCA 6, 337 B.C.A.C. 299. Groberman J.A. insisted that it was not possible to treat the interpretation of the *1870 Order* as an independent issue. Writing for a unanimous panel, he stated:

The Order can only be interpreted in light of the pre-existing relationship of the Crown and First Nations, and in light of the philosophical and jurisprudential precepts underlying Aboriginal Title and Aboriginal Rights.

B. *Préparation en vue d’une interprétation contextuelle : le contexte historique de l’Adresse de 1867*

[138] Pour bien analyser l’*Adresse de 1867* et suivant les principes établis en matière d’interprétation constitutionnelle, nous devons absolument analyser le dossier factuel présenté par les parties. Ne pas le faire donnerait lieu à une décision incomplète, qui serait à la fois fragile en droit et injuste envers les parties. Selon nos collègues, la preuve n’appuie guère la thèse avancée par les appelants (par. 56 et 59). Or, dans le volumineux dossier présenté au fil de 89 jours d’audience, une preuve abondante était, selon nous, l’existence d’une promesse de bilinguisme législatif dans la Constitution.

[139] Comme le soutiennent les appelants, la teneur des promesses contenues dans l’*Adresse de 1867* ne peut être interprétée sans tenir compte du contexte dans lequel elles ont été faites. La Cour s’est déjà engagée à aborder l’analyse constitutionnelle d’une manière globale en tenant compte de toutes les sources historiques pertinentes (voir p. ex. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 (« *Renvoi relatif à la sécession* »); *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010).

[140] L’importance d’une interprétation contextuelle du *Décret de 1870* a été soulignée par le juge Groberman de la cour d’appel dans *Ross River Dena Council c. Canada (Attorney General)*, 2013 YKCA 6, 337 B.C.A.C. 299. Le juge Groberman y insiste sur le fait qu’il n’est pas possible d’interpréter le *Décret de 1870* en vase clos. Écrivant au nom d’une formation unanime, il a tenu les propos suivants :

[TRADUCTION] Le Décret ne peut être interprété qu’à la lumière de la relation préexistante entre la Couronne et les Premières Nations et des préceptes philosophiques et jurisprudentiels qui sous-tendent le titre ancestral et les droits ancestraux.

As I have indicated, a court should not sever off an issue in litigation where that issue is incapable of being analyzed independently of other issues. . . .

While I do not doubt that the intentions of the Canadian Parliament and the British government in 1867 and 1879 are of some moment in the interpretation of the 1870 Order, those intentions cannot be isolated from other considerations in assessing its modern effect. [Emphasis added; paras. 33-34 and 43.]

[141] The historical evidence shows that linguistic rights were of paramount importance to the inhabitants, and that the inhabitants demanded and obtained a promise that these rights would be protected. We reach this conclusion on the basis of the following overarching points. First, bilingualism was indisputably well established throughout Rupert's Land and the North-Western Territory in the period leading up to — and immediately following — the annexation. This was true of legislative bilingualism but also permeated the social and judicial fabric of the community. Second, legislative bilingualism was consistently demanded in the negotiations and met with no resistance from the Canadian delegates, who were eager to reach a compromise with representatives of the inhabitants. Third, it was necessary to negotiate with those representatives in order to proceed with the annexation. Fourth, the Canadian and British governments made a number of promises that assured the inhabitants that bilingualism would be preserved. Fifth, the governments kept these promises and conducted themselves in accordance with them in the years immediately following the 1870 compromise. Sixth, these linguistic practices, the demands that they be maintained and the promises to maintain them applied throughout the territories and were not confined to the Red River Colony.

- (1) Bilingualism in Rupert's Land and the North-Western Territory Before the Annexation

[142] At trial, Wenden Prov. Ct. J. thoroughly canvassed the pre-1870 legislative and judicial practices in Rupert's Land. His findings of fact are

Comme je l'ai indiqué, le tribunal ne devrait pas isoler une question en litige qui ne peut être analysée indépendamment des autres questions. . . .

Je ne doute pas que les intentions du Parlement canadien et du gouvernement britannique en 1867 et 1879 importent quelque peu dans l'interprétation du Décret de 1870, mais elles ne sauraient être isolées d'autres considérations dans l'analyse de l'effet moderne du Décret. [Nous soulignons; par. 33-34 et 43.]

[141] La preuve historique révèle que les droits linguistiques revêtaient une importance primordiale pour la population et qu'elle avait revendiqué et obtenu la promesse que ces droits seraient respectés. Cette conclusion est fondée sur les prémisses suivantes. Premièrement, le bilinguisme était incontestablement bien établi partout dans la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest durant la période précédant, et celle qui a immédiatement suivi l'annexion. C'était non seulement le cas du bilinguisme législatif, mais le bilinguisme avait également pénétré le tissu social et judiciaire de la collectivité. Deuxièmement, le bilinguisme législatif a toujours fait partie des revendications lors des négociations, et les délégués canadiens, impatients d'arriver à un compromis avec les représentants de la population, ne s'y sont pas opposés. Troisièmement, il était nécessaire de négocier avec ces derniers si l'on voulait procéder à l'annexion. Quatrièmement, les gouvernements canadien et britannique ont fait un certain nombre de promesses qui assuraient à la population la préservation du bilinguisme. Cinquièmement, les gouvernements ont tenu ces promesses et ont agi en conséquence dans les années qui ont immédiatement suivi le compromis de 1870. Sixièmement, ces pratiques linguistiques, de même que les revendications et promesses visant leur protection, s'étenaient à l'ensemble des territoires et n'étaient pas restreintes à la Colonie de la Rivière-Rouge.

- (1) Le bilinguisme dans la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest avant l'annexion

[142] Au procès, le juge Wenden a examiné en détail les pratiques législatives et judiciaires qui avaient cours dans la Terre de Rupert avant 1870.

entitled to deference and may be disturbed only on the basis of a palpable and overriding error. He found that legislative and judicial bilingualism had existed before the annexation, and extended throughout the territories. Wenden Prov. Ct. J. concluded that the French language had had equal and official status before the annexation (paras. 163 and 167). These commitments to bilingualism illustrate how deeply the French language was rooted in the region, and the fact that it formed an important part of the context in which the deal took place.

(a) *Bilingualism as a Fact of Everyday Life*

[143] In 1867, the population of the Red River Colony was divided almost equally between French-speaking and English-speaking people. The majority of the inhabitants were either of mixed French and Aboriginal ancestry (referred to in the record as “Métis”), or of mixed English and Aboriginal ancestry (referred to in the record as “half-breeds”). French was widely used throughout the Red River Colony, as were English and Aboriginal languages such as Cree (Court of Appeal reasons, at para. 109, per Slatter J.).

[144] Before the annexation, the French-speaking Métis understood themselves to have linguistic rights within the territories. Far from being resigned to the English governance of the Hudson’s Bay Company (“HBC”), they demanded — and received — legislative and judicial services in both languages. Several examples confirm this state of affairs.

[145] In 1847, a group of Métis and a group of people of mixed English and Aboriginal ancestry sent two memoranda, one in French and one in English, to the Secretary for the Colonies in which they addressed the problems caused by the HBC’s monopoly. The two groups collaborated in drafting these memoranda, which must be read as a whole (Prov. Ct. reasons, at paras. 92-93 and 108-9). The French memorandum requested that justices of the peace or magistrates be chosen from among those whom the people respected and considered just. Implicit in this request was a requirement that the

La retenue est de mise à l’égard de ses conclusions factuelles, qui ne peuvent être modifiées que si elles sont entachées d’une erreur manifeste et dominante. Le juge Wenden a conclu que les bilinguismes législatif et judiciaire existaient avant l’annexion et qu’ils s’appliquaient dans l’ensemble des territoires. Il a également conclu que le français avait un statut officiel et égal à l’anglais avant l’annexion (par. 163 et 167). Ces engagements en matière de bilinguisme illustrent à quel point le français était enraciné dans la région et formait une partie importante du contexte entourant l’entente.

a) *Le bilinguisme : une réalité au quotidien*

[143] En 1867, la population de la Colonie de la Rivière-Rouge est composée à parts presque égales de francophones et d’anglophones. La majorité des habitants était issue d’un métissage, soit franco-autochtone (dits les « Métis » dans le dossier), soit anglo-autochtone (dits les « Sang-Mêlés » dans le dossier). Le français est la langue parlée couramment partout dans cette colonie, de même que la langue anglaise et certaines langues autochtones telle que la langue crie (motifs de la Cour d’appel, par. 109, le juge Slatter).

[144] Avant l’annexion, les Métis d’expression française sont convaincus de détenir des droits linguistiques dans les territoires. Loin d’être résignés devant l’administration anglophone de la Compagnie de la Baie d’Hudson (la « Compagnie »), ils exigent — et obtiennent — des services législatifs et judiciaires dans les deux langues. Plusieurs exemples le confirment.

[145] En 1847, un groupe de Métis et un groupe de personnes de souche anglo-autochtone envoient deux mémoires dans leur langue respective au secrétaire des colonies pour lui faire part des problèmes causés par le monopole de la Compagnie. Les deux groupes collaborent à la rédaction des documents, qui doivent être compris comme un tout (motifs de la Cour provinciale, par. 92-93 et 108-109). Le mémoire français exige que les juges de paix ou magistrats soient choisis parmi des personnes que le peuple respecte et considère comme justes. Il est implicite dans cette revendication qu’il

judges speak French, as it was one of the official languages of the territories (*ibid.*, at para. 118).

[146] The expectation that French be spoken in the judiciary was demanded even more emphatically in the Sayer affair, which we will discuss below. Once again, the inhabitants believed that they had a right to this, and made their discontent known.

[147] The importance of bilingualism was recognized by officials in the territories. In a letter to George-Étienne Cartier dated October 7, 1869, Bishop Taché lamented the appointment of an almost solely English-speaking administration sent to govern the North-Western Territory:

[TRANSLATION] The French element is too significant in the North-West for so limited a representation to be just. And so is the French language. Our Fathers discovered all these lands, they drenched them in their sweat, and even their blood: our missionaries endured too much suffering here for it to be possible to justify reducing our compatriots to the form of exclusion to which they seem to be being condemned. The French language is not only the language of many of the N.W.'s inhabitants, it is itself also an official language, yet most of the members of the new administration do not speak it: this is enough to seal the fate of those who speak no other I have always dreaded the entry of the N.W. into Confederation, because I have always believed that the French Catholic element would be sacrificed, but I have to admit that it had never occurred to me that our rights would be ignored so quickly and so completely. It seems to me that the new system is likely to undo what cost us so dear. [Emphasis added.]

(Summary of the testimony of Dr. Edmund Aunger in rebuttal, A.R., vol. VI, Tab 103 (“Aunger testimony”), at para. 15)

[148] In Wenden Prov. Ct. J.’s view, it was impossible to conclude that French was the *lingua franca* of the fur trade, owing in part to prejudice that prevented Métis from occupying senior positions in the HBC. Nevertheless, he observed that the Métis had contributed significantly to the fur trade and that

faut que les juges parlent le français, étant donné qu’il s’agit là de l’une des langues officielles des territoires (*ibid.*, par. 118).

[146] Dans l’affaire Sayer, à laquelle nous reviendrons, cette attente relative à l’usage du français par des membres de la magistrature est réitérée avec encore plus d’insistance. Il s’agit d’un autre exemple où la population est convaincue de détenir ce droit et exprime son mécontentement.

[147] L’importance du bilinguisme est reconnue par les représentants officiels dans les territoires. Dans une lettre en date du 7 octobre 1869 adressée à George-Étienne Cartier, l’évêque Taché déplore le fait que les membres de l’administration nommés pour gouverner le Territoire du Nord-Ouest soient presque tous des anglophones :

L’élément Français est trop considérable dans le Nord-Ouest pour qu’il soit juste de le représenter si faiblement. La langue Française l’est aussi. Nos Pères ont découvert tous ces pays, ils les ont arrosé [*sic*] de leur sueurs et même de leur sang : nos missionnaires y ont trop souffert pour qu’on puisse légitimement réduire nos compatriotes à l’espèce d’exclusion à laquelle on semble les condamner. La langue Française est non seulement la langue d’une grande partie des habitants du N.O. elle est de plus elle aussi langue officielle, et pourtant la plupart des membres de la nouvelle administration ne parlent pas cette langue : c’est assez fixer le sort de ceux qui n’en parle [*sic*] pas d’autre [. . .] J’ai toujours redouté l’entrée du N.O. dans la Confédération parce que j’ai toujours cru que l’élément Français Catholique se soit sacrifié, mais je vous avoue franchement qu’il ne m’était jamais venu à la pensée que nos droits seraient si vite et si complètement méconnus. Le nouveau système me semble de nature à amener la ruine de ce qui nous a coûté si cher. [Nous soulignons.]

(Résumé du témoignage de M. Edmund Aunger en contre-preuve, d.a., vol. VI, onglet 103 (« témoignage de M. Edmund Aunger »), par. 15)

[148] Selon le juge Wenden de la Cour provinciale, il est impossible de conclure que le français était la langue d’usage dans la traite des fourrures, en raison notamment des préjugés qui empêchaient les Métis d’occuper des postes haut placés au sein de la Compagnie. Il fait néanmoins remarquer que les

French was widely spoken by those working at the trading posts (paras. 319-22). As the fur trade was at the heart of the territories' economy at that time, this meant that French was a key language of commerce.

(b) *Legislative Bilingualism at the Assiniboia Council*

[149] Before the annexation, the HBC was responsible for governing Rupert's Land. The Royal Charter issued by King Charles II in 1670 granted to the HBC the power to make laws and organize courts of justice to adjudicate civil and criminal cases. Although the HBC's governance was supplemented by the laws of the United Kingdom, which were evidently issued in English, the HBC's council increasingly took control over a wide range of matters in the territories. In 1835, George Simpson, the Governor of Rupert's Land, took steps "to put the administration of Justice on a more firm and regular footing than heretofore" by ordering that "a general Court of the Governor and Council shall be held at the Governor's residence on the last Thursday of every quarter": E. H. Oliver, ed., *The Canadian North-West: Its Early Development and Legislative Records*, vol. I (1914), at pp. 267 and 270; Aunger testimony, at para. 10.

[150] Within a very short period of time it was decided that these legislative practices would be bilingual. In 1845, an ordinance was passed by the council requiring that the council's ordinances and regulations be printed and circulated in both French and English:

Whereas the publication and explanation of these resolutions are highly expedient, it is

Resolved 33rd. . . . that copies, in both languages, be read aloud and explained at the meetings of the General Court in November and February of each year, and at such other meetings of the same as the Governor may select for that purpose

(Oliver, vol. I, at p. 326)

Métis ont contribué de façon importante à ce secteur et que le français était couramment utilisé par les agents aux postes de traite (par. 319-322). Comme la traite des fourrures constitue à l'époque le principal moteur économique dans les territoires, cela fait du français une langue commerciale incontournable.

b) *Le bilinguisme législatif au Conseil d'Assiniboine*

[149] Avant l'annexion, la Compagnie est responsable de l'administration de la Terre de Rupert. La Charte royale, octroyée à la Compagnie en 1670 par le roi Charles II, confère à cette dernière le pouvoir d'édicter des lois et de mettre sur pied des cours de justice civiles et criminelles. Si l'administration par la Compagnie est complétée par les lois du Royaume-Uni, évidemment rédigées en anglais, le conseil de la Compagnie élargit progressivement sa compétence sur un vaste éventail de matières dans les territoires. En 1835, le gouverneur de la Terre de Rupert, George Simpson, prend des mesures pour « mettre [. . .] l'administration sur des bases plus fermes et plus efficaces » en ordonnant qu' « une cour générale composée du gouverneur et du conseil sera tenue à la résidence du gouverneur le dernier jeudi de chaque trimestre » (E. H. Oliver, dir., *Le Nord-Ouest canadien : son évolution primitive et ses archives législatives*, vol. I (1916), p. 176 et 178; témoignage de M. Aunger, par. 10).

[150] Très rapidement, il est déterminé que ces pratiques législatives seront bilingues. En 1845, le conseil adopte une ordonnance qui exige que ses ordonnances et règlements soient imprimés et distribués tant en français qu'en anglais. En voici un extrait :

Attendu que la publication et l'explication de ces résolutions sont très à propos, il est

33. Résolu [. . .] que des copies de ces résolutions soient lues publiquement et expliquées dans les deux langues lors des sessions de la cour générale aux mois de novembre et de février de chaque année et à d'autres sessions de celle-ci, comme le gouverneur le jugera à propos . . .

(Oliver, vol. I, p. 213)

[151] This ordinance imposed a meaningful legislative obligation on the council. As the evidence shows, this was not an empty promise: the commitment is apparent from the council's practices. From that time on, the council's ordinances were printed in both languages (Queen's Bench reasons, at para. 131). This is apparent from a letter sent by Recorder Adam Thom, which he read to the council on November 27, 1851. In it, he described certain arrangements he had made in the previous year for the purchase of a bilingual printing press.

6. As everything must be printed in French as well as English, we require a supply of accents and cedillas

7. With reference to the use of two languages, we need as many capitals . . . as may express "Rivière Rouge" and "District d'Assiniboie [*sic*]" .

(Oliver, vol. I, at pp. 367-68)

[152] Further evidence of the council's commitments to bilingualism can be found in a 1852 report in which it notified the Governor of the HBC in London of the practice of making laws in French and English. In both the 1852 and 1862 consolidations, ordinances were published in French as well as in English. A copy provided to the HBC in London was entitled "General Enactments of the Governor and Council of Assiniboia Entered both in French and in English": Oliver, vol. II (1915), at p. 1317 (emphasis added).

[153] The ordinances covered a wide range of topics that pertained to life throughout the territories, such as the use of horses, trading of alcohol, marriage, customs duties, the administration of justice and the right of succession: Oliver, vol. II, at pp. 1317-24. That the territorial effect of the council's ordinances extended beyond the Assiniboia District is evidenced by the council's commitment to fund education in Rupert's Land and the North-Western Territory. On May 1, 1851, the Assiniboia Council resolved to grant £100, which was to be divided between the bishop of Rupert's Land and the

[151] Cette ordonnance impose au conseil une obligation réelle sur le plan législatif. La preuve démontre en effet qu'il ne s'agit pas d'une promesse en l'air : les pratiques du conseil témoignent de l'engagement pris. Dès lors, les ordonnances du conseil sont imprimées dans les deux langues (motifs de la Cour du Banc de la Reine, par. 131), comme l'atteste une lettre d'Adam Thom lue devant le conseil le 27 novembre 1851. Dans cette lettre, M. Thom décrit certaines mesures qu'il a prises l'année précédente en vue de l'achat d'une presse bilingue :

6. Comme toute chose doit être imprimée en français comme en anglais, nous aurons besoin d'un assortiment d'accents et de cédilles. . .

7. Par suite de l'usage des deux langues nous avons besoin en sus des capitales indiquées précédemment un nombre suffisant de celles-ci [. . .] pour composer les mots « Rivière Rouge » et « District d'Assiniboine ».

(Oliver, vol. I, p. 241)

[152] Les engagements pris par le conseil en matière de bilinguisme ressortent également d'un rapport de 1852 dans lequel le conseil informe le gouverneur de la Compagnie, à Londres, que les lois sont désormais adoptées en français et en anglais. Dans les codifications de 1852 et de 1862, les ordonnances sont publiées dans ces deux langues. On fait parvenir à la Compagnie, à Londres, une copie de la codification, intitulée « Arrêts du gouverneur et du conseil d'Assiniboine inscrits en français et en anglais » (Oliver, vol. II (1919), p. 1000 (nous soulignons)).

[153] Les ordonnances portent sur un large éventail de sujets se rapportant à la vie dans les territoires, comme l'usage des chevaux, le commerce de l'alcool, le mariage, les droits de douane, l'administration de la justice et le droit de succession (Oliver, vol. II, p. 1000-1006). Par ailleurs, il ressort de l'engagement du conseil à financer l'éducation dans la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest que l'effet de ses ordonnances n'est pas limité au district d'Assiniboine. En effet, le 1^{er} mai 1851, le Conseil d'Assiniboine prend la résolution de faire don de 100 £, à répartir entre l'évêque de la Terre de Rupert

bishop of the North-Western Territory, for the purpose of education:

Resolved. That £100 be granted from the public funds, to be divided, equally, between the Bishop of Rupert's Land and the Bishop of North West, to be applied by them at their discretion for the purposes of education.

Carried unanimously.

(Oliver, vol. I, at p. 365)

[154] On the basis of the evidence, it is clear that before the annexation, the territories' inhabitants held a deeply rooted statutory right to the publication of ordinances in both French and English.

(c) *Judicial Bilingualism in the General Court*

[155] The General Court of Rupert's Land and the North-Western Territory also functioned bilingually. This is significant, as the judicial process played an important role in the development of the law at the time, given that there was comparatively little legislative activity in the territories. Like the council's ordinances, the common law was created and applied in both languages.

[156] To begin with, the judges (known as "recorders") who administered the law in the territories were bilingual (Prov. Ct. reasons, at para. 78). On January 5, 1838, when Governor Simpson offered Mr. Thom the office of recorder, he stated: ". . . I presume you are qualified to express yourself with perfect facility in the French Language as that may in a great measure be considered the Language of the Country and without which you would not be adapted for the situation" (*ibid.*, at para. 89). This is significant, as it shows how deeply bilingualism was rooted in the courts: the Governor of Rupert's Land would not consider appointing a recorder who was not fluent in French.

et celui du Territoire du Nord-Ouest, aux fins d'éducation :

Résolu qu'il soit prélevé une somme de £100 des fonds publics qui sera divisée en parties égales entre l'évêque de la terre de Rupert et l'évêque du Nord-Ouest pour être appliquée par ces derniers, comme ils le jugeront à propos, aux fins de l'éducation.

Adopté à l'unanimité.

(Oliver, vol. I, p. 239)

[154] La preuve démontre clairement que les habitants des territoires jouissaient, avant l'annexion, d'un droit légal, profondément enraciné, à la publication des ordonnances tant en français qu'en anglais.

c) *Le bilinguisme judiciaire devant la Cour générale*

[155] La Cour générale de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest fonctionne aussi dans les deux langues. Ceci revêt une grande importance étant donné que le système judiciaire joue un rôle important dans l'évolution du droit à l'époque, l'activité législative pour sa part étant, en comparaison, limitée dans les territoires. Comme les ordonnances du conseil, la common law se développe et est appliquée dans les deux langues.

[156] Tout d'abord, les juges (dont le titre est alors « *recorder* ») chargés de l'administration de la loi dans les territoires, sont bilingues (motifs de la Cour provinciale, par. 78). Le 5 janvier 1838, en offrant à Adam Thom un poste de *recorder*, le gouverneur, M. Simpson, précise ceci : [TRADUCTION] « . . . je présume que vous êtes en mesure de vous exprimer couramment en français puisqu'on peut considérer qu'il s'agit, dans une large mesure, de la langue d'usage de la contrée, et que si vous ne la maîtrisez pas, vous ne conviendriez pas pour cette situation » (*ibid.*, par. 89). Cette observation démontre à quel point le principe du bilinguisme est ancré au sein des tribunaux : le gouverneur de la Terre de Rupert n'aurait pas nommé un *recorder* qui n'aurait pas parlé couramment français.

[157] Recorder Thom's subsequent refusal to conduct proceedings in French gave rise to the "Sayer trial" episode in 1849. When Mr. Sayer appeared in the General Quarterly Court on May 17, 1849, to answer to a charge of trading furs in the HBC's territories without a licence, Recorder Thom refused to allow French to be spoken at the trial. James Sinclair, purportedly representing the Métis and people of mixed English and Aboriginal ancestry, presented to the Court a document listing certain grievances intended for the Governor. The document included a demand that the recorder speak both French and English: R. St. George Stubbs, *Four Recorders of Rupert's Land* (1967), at pp. 27 and 31, cited by Wenden Prov. Ct. J., at paras. 131-32.

[158] Following this incident, the Governor of Assiniboia called together his council to consider the grievances they had received and acquiesced to the demand for "[t]he conducting of all judicial business through the medium of a judge who would address the Court in the French as well as in the English language": Stubbs, at p. 31. As Recorder Thom was found to be "perfectly competent to conduct the judicial business in French as well as in English", the council decided that he "should retain his office": *ibid.* The council's minutes included the following declaration:

... Mr. Thom having at the commencement of the proceedings, expressed his willingness, in future, to address the Court in both languages, in all cases involving either Canadian or Half-breed interests, such a line of procedure should be hereafter adopted.

(Stubbs, at p. 31, cited by Wenden Prov. Ct. J., at para. 132.)

[159] It follows that juries were also bilingual. In 1868, there were at least nine civil trials and one criminal trial with a French-speaking or bilingual jury in Rupert's Land and the North-Western Territory: Aunger testimony, at para. 14. At the criminal trial, the jury consisted of six men who were primarily French-speaking and six men of English or Scottish origin. Interpretation was offered during the trial, as the proceedings were conducted in both languages (Prov. Ct. reasons, at paras. 154-56,

[157] Le refus subséquent du *recorder* Thom d'instruire une instance en français donne lieu, en 1849, à l'affaire « Sayer ». Accusé de traite des fourrures sur les territoires de la Compagnie sans détenir de permis, M. Sayer comparaît devant la Cour générale des sessions trimestrielles le 17 mai 1849. Le *recorder* Thom refuse alors qu'on parle français au procès. James Sinclair, disant représenter les Métis et les personnes de souche anglo-autochtone, présente à la Cour un document énumérant certains griefs à l'intention du gouverneur. Au nombre des réclamations qui y figurent se trouve la suivante : que le *recorder* parle français et anglais (R. St. George Stubbs, *Four Recorders of Rupert's Land* (1967), p. 27 et 31, cité par le juge Wenden de la Cour provinciale, par. 131-132).

[158] À la suite de cet incident, le gouverneur d'Assiniboine convoque son conseil pour examiner les griefs qui lui avaient été communiqués et acquiesce à la demande visant à ce que [TRADUCTION] « toutes les fonctions judiciaires soient exercées par un juge qui présiderait tant en langue française qu'en langue anglaise » (Stubbs, p. 31). Ayant conclu que le *recorder* Thom est « parfaitement en mesure d'exercer ses fonctions judiciaires en français comme en anglais », le conseil décide de lui conserver son poste (*ibid.*). Le procès-verbal du conseil mentionne ce qui suit :

[TRADUCTION] ... comme M. Thom a indiqué au début de l'instance qu'il était disposé à présider à l'avenir des audiences dans les deux langues dans toutes les affaires mettant en cause des intérêts canadiens ou des Sang-Mêlés, il convient d'entériner cette procédure.

(Stubbs, p. 31, cité par le juge Wenden de la Cour provinciale, par. 132.)

[159] Il s'ensuit que les jurés sont aussi bilingues. En 1868, au moins neuf procès civils et un procès criminel sont tenus devant un jury soit francophone soit bilingue dans la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest (témoignage de M. Aunger, par. 14). Au procès criminel, le jury est constitué de six hommes principalement francophones et de six autres de souche anglaise ou écossaise. Comme l'instance est instruite dans les deux langues, des services d'interprétation sont disponibles (motifs de

citing D. Gibson, *Attorney for the Frontier: Enos Stutsman* (1983)).

(d) *Territorial Jurisdiction of the Assiniboia Council and the General Court*

[160] The territorial jurisdiction of the Assiniboia Council and the General Court extended beyond the Red River Colony, as it included all of Rupert's Land and the North-Western Territory. Moreover, the evidence clearly demonstrates that the bilingual practices of both these institutions also extended beyond the narrow boundaries of the Red River Colony. Both the council and the court derived their authority from the HBC's charter. Tavender Dist. Ct. J. wrote the following on this subject in *General Motors Acceptance Corp. of Canada Ltd. v. Perozni* (1965), 52 W.W.R. 32 (Alta. Dist. Ct.), at p. 35:

While I think it is impossible to determine exactly what areas were included in Rupert's Land [as described in the Royal Charter] I think it is definite from the terms of the Royal Charter that the area now incorporated in the province of Alberta formed part of Rupert's Land. What later became the provinces of Manitoba and Saskatchewan was also part of Rupert's Land. It follows then that by Royal Charter in 1670 Charles II of England incorporated the Hudson's Bay Company and vested in it, *inter alia*, that area which later became the province of Alberta and gave to the company full and complete power and authority to govern the said area subject only to the laws to be enacted and enforced being "reasonable and not contrary or repugnant but as near as may be to the Lawes Statutes or Customes" of England and subject to allegiance to the crown. Nothing is said about language in the Royal Charter. The Hudson's Bay Company governed Rupert's Land until after Confederation in 1867.

[161] The geographic scope of the HBC's legislative authority is evidenced by Recorder Thom's practice of applying ordinances to the whole of the territories. Moreover, the council's 1845 decision requiring that ordinances be printed and circulated in both French and English referred to activities beyond the limits of the Colony: Aunger testimony, at para.13.

la Cour provinciale, par. 154-156, citant D. Gibson, *Attorney for the Frontier : Enos Stutsman* (1983)).

d) *La compétence territoriale du Conseil d'Assiniboine et de la Cour générale*

[160] La compétence territoriale du Conseil d'Assiniboine et de la Cour générale dépasse les limites de la Colonie de la Rivière-Rouge et s'étend à l'ensemble de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest. En outre, la preuve révèle clairement que les pratiques bilingues des deux institutions dépassent les frontières restreintes de la Colonie de la Rivière-Rouge. Tant le conseil que la cour tiennent leur compétence de la charte de la Compagnie. Comme le juge Tavender l'écrit dans *General Motors Acceptance Corp. of Canada Ltd. c. Perozni* (1965), 52 W.W.R. 32 (C. dist. Alb.), p. 35 :

[TRADUCTION] Bien que j'estime impossible de savoir exactement quel territoire était inclus dans la Terre de Rupert [selon la charte royale], je pense qu'il ressort clairement du libellé de la charte royale que la région qui correspond maintenant à la province d'Alberta faisait partie de la Terre de Rupert. Les futures provinces du Manitoba et de la Saskatchewan faisaient aussi partie de la Terre de Rupert. Il s'ensuit qu'en 1670, Charles II d'Angleterre a constitué en personne morale la Compagnie de la Baie d'Hudson, par charte royale, et lui a entre autres conféré le territoire qui deviendra la province d'Alberta et donné pleins pouvoirs et compétence pour gouverner ledit territoire, pourvu uniquement que les lois adoptées et appliquées soient « raisonnables et non contraires aux lois ou coutumes » d'Angleterre, « mais également aussi proches que possible » de ces lois ou coutumes, et sous réserve d'allégeance à la Couronne. La charte royale ne mentionne aucunement la question de la langue. La Compagnie de la Baie d'Hudson a gouverné la Terre de Rupert jusqu'après la Confédération en 1867.

[161] La pratique du *recorder* Thom qui consiste à appliquer les ordonnances à l'ensemble des territoires démontre l'étendue géographique de la compétence législative de la Compagnie. Par ailleurs, la décision du conseil de 1845 exigeant que les ordonnances soient imprimées et distribuées en français et en anglais vise des activités outre-colonie (témoignage de M. Aunger, par. 13).

[162] Several events illustrate the extent to which the HBC exercised its judicial authority beyond the boundaries of the Red River Colony. In 1848, Recorder Thom decided that the General Court had jurisdiction to try James Caulder, who was charged with murder in the Peace River District, which lay far to the northwest of the Red River Colony (Prov. Ct. reasons, at para. 150). Further, in 1857, a man arrested in Norway House, which was located outside the Colony on the northern tip of Lake Winnipeg, was also considered to be within the jurisdiction of the General Court, as he was moved to the Colony before being released by the recorder (*ibid.*, at para. 151). In 1886, in *Sinclair v. Mulligan* (1886), 3 Man. L.R. 481 (Q.B.), aff'd (1888), 5 Man. L.R. 17 (C.A.), Killam J. of the Manitoba Court of Queen's Bench mentioned that the General Court had had *de facto* territorial jurisdiction and had been empowered "to try charges of offences committed within the limits of the lands granted to the company, or over which it was given authority by its charter" (p. 488).

[163] Governor Simpson testified to these practices in 1857 in an appearance before the British House of Commons Select Committee on the Hudson's Bay Company:

1019. Supposing an outrage takes place in a distant part of the country, what happens? — The case would be tried probably at Red River or at Norway House.

. . .

1021. I suppose in very distant parts of the country you administer justice as best you may? — In many instances we have brought cases to Red River, where the parties have been regularly tried by jury.

. . .

[162] Plusieurs affaires illustrent l'étendue de l'exercice par la Compagnie de sa compétence judiciaire au-delà des frontières de la Colonie de la Rivière-Rouge également. En 1848, le *recorder* Thom décide que la Cour générale a compétence pour juger James Caulder, accusé de meurtre dans le district de Rivière de la Paix, région située au nord-ouest de la Colonie de la Rivière-Rouge (motifs de la Cour provinciale, par. 150). De plus, en 1857, la Cour générale estime qu'un homme arrêté à Norway House, village situé à l'extérieur de la Colonie, à l'extrémité nord du lac Winnipeg, relève aussi de sa compétence, car on fait descendre le prévenu à Rivière-Rouge, où le *recorder* le fait libérer (*ibid.*, par. 151). En 1886, dans *Sinclair c. Mulligan* (1886), 3 Man. L.R. 481 (B.R.), conf. par (1888), 5 Man. L.R. 17 (C.A.), le juge Killam de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba mentionne que la Cour générale avait une compétence territoriale *de facto* et conclut que cette dernière avait le pouvoir [TRADUCTION] « de juger des accusés pour des infractions commises dans les terres conférées à la Compagnie, ou à l'égard desquelles la Compagnie a compétence en vertu de sa charte » (p. 488).

[163] En 1857, le gouverneur Simpson témoigne ainsi au sujet de ces pratiques devant le Comité spécial de la Chambre des communes britannique sur la Compagnie de la Baie d'Hudson :

[TRADUCTION]

1019. Supposons que des excès soient commis dans une région reculée du pays, que se passe-t-il alors? — L'affaire serait probablement jugée à Rivière-Rouge ou à Norway House.

. . .

1021. Je suppose que vous administrez la justice dans les parties très éloignées du pays du mieux que vous le pouvez? — Dans bien des cas, nous avons fait instruire des affaires à Rivière-Rouge, où les parties ont subi un procès en bonne et due forme devant un jury.

. . .

1189. . . . Is there a recorder, independent of the Governor? — Yes.

1190. At the Red River and at Norway House also? — No; the recorder of Red River goes to Norway House.

(*Report from the Select Committee on the Hudson's Bay Company* (1858), Minutes of Evidence, at pp. 59 and 66)

[164] In summary, the evidence clearly shows that, before the annexation, all the inhabitants of Rupert's Land and the North-Western Territory enjoyed linguistic rights in both the legislative and judicial spheres. This context is crucial to a proper interpretation of Parliament's promise to protect the inhabitants' "legal rights".

(2) Representatives of the Inhabitants Stipulated Their Conditions for the Annexation

[165] A second important element of the context is the relationship between the territories' inhabitants and the Canadian government and how these two parties approached the inhabitants' concerns regarding bilingualism. As we will explain below, when the inhabitants learned of Canada's intention to unilaterally incorporate their land into the Dominion, some of them expressed their discontent and stipulated the conditions under which they would consent to the annexation. One of these conditions was a guarantee of legislative bilingualism.

(a) *Discontent and Uprising*

[166] Section 146 of the *Constitution Act, 1867* contemplated the possibility that the territories would join the Dominion. Initially, Canada and Great Britain had overlooked the fact that Rupert's Land and the North-Western Territory were inhabited, and proceeded to negotiate with one another. Until 1869, the only parties involved in the annexation discussions were Great Britain, Canada and the HBC; the inhabitants were not included (Prov.

1189. . . . Le *recorder* jouit-il d'une indépendance par rapport au gouverneur? — Oui.

1190. À Rivière-Rouge et à Norway House aussi? — Non; le *recorder* de Rivière-Rouge se rend à Norway House.

(*Report from the Select Committee on the Hudson's Bay Company* (1858), procès-verbaux et témoignages, p. 59 et 66)

[164] Bref, la preuve démontre clairement qu'avant l'annexion, tous les habitants de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest jouissaient de droits linguistiques dans les sphères législative et judiciaire. Ce contexte est essentiel à une interprétation juste de la promesse faite par le Parlement de protéger les « droits acquis » des habitants.

(2) Les représentants de la population ont posé leurs conditions à l'annexion

[165] Un deuxième élément important du contexte concerne les rapports entre la population des territoires et le gouvernement canadien et la façon dont ces deux parties ont traité les préoccupations de la population au sujet du bilinguisme. Comme nous le démontrons plus loin, lorsque les habitants des territoires ont vent de l'intention du Canada de joindre unilatéralement leurs terres au Dominion, certains manifestent leur mécontentement et indiquent les conditions auxquelles ils sont disposés à consentir à l'annexion. L'une de ces conditions est la garantie de bilinguisme législatif.

a) *Mécontentement et soulèvement*

[166] L'article 146 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit la possibilité que les territoires entrent dans le Dominion. Au départ, le Canada et la Grande-Bretagne, négligeant le fait que la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest sont habités, entreprennent de négocier entre eux. Jusqu'en 1869, les seules parties impliquées dans les discussions concernant l'annexion sont la Grande-Bretagne, le Canada et la Compagnie; la population est tenue à l'écart

Ct. reasons, at para. 173). Moreover, Canada did not appear attuned to the concerns of the French-speaking Métis. For example, in the fall of 1869, Canada, believing the annexation to be imminent, made appointments to the new territorial government, and almost all the appointees were Anglophones (Aunger testimony, at para. 15).

[167] This situation sowed discontent among the inhabitants. As we mentioned above, Bishop Taché expressed concerns to Minister of Militia and Defence Cartier regarding the consequences of the annexation for the status of the French language. On November 2, 1869, a group of inhabitants made their discontent known. They barred entry to the British government's representative and refused him access to the whole of the territories. Shortly after, this group, led by Louis Riel, took Fort Garry and later, they established a provisional government. The uprising caused the transfer of the territories from Great Britain to Canada to be delayed. (See *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623, at para. 26.)

(b) *Conditions for the Annexation*

[168] Some of the inhabitants protested against a unilateral annexation, and their representatives stipulated conditions for the territories' entry into Confederation, one of which was the demand for legislative bilingualism. Representatives of the French-speaking and English-speaking inhabitants of Rupert's Land and the North-Western Territory gathered at two conventions in order to determine what interests they had in common and to discuss the future of the territories. Legislative bilingualism consistently featured among the concerns raised. Two lists of rights emerged from these conventions. These were not airy hopes, but the conditions upon which the annexation would proceed.

[169] The first of these conventions was held from November 16 to December 1, 1869. Twenty-four delegates were convened, twelve French-speaking Métis and twelve English-speaking people

(motifs de la Cour provinciale, par. 173). En outre, le Canada semble peu sensible aux préoccupations de la population métisse francophone. À titre d'exemple, à l'automne 1869, croyant l'annexion imminente, le Canada nomme les membres du nouveau gouvernement territorial, qui sont presque tous anglophones (témoignage de M. Aunger, par. 15).

[167] La situation provoque le mécontentement de la population. Comme nous l'avons vu, l'évêque Taché fait part de ses préoccupations au ministre de la Milice et de la Défense, M. Cartier, sur les conséquences de l'annexion sur le statut de la langue française. Le 2 novembre 1869, un groupe d'habitants fait aussi connaître son mécontentement. Il interdit l'entrée du représentant du gouvernement britannique et lui bloque l'accès à l'ensemble des territoires. Peu après, sous la direction de Louis Riel, le groupe prend Fort Garry et, plus tard, un gouvernement provisoire est mis sur pied. Ce soulèvement a pour conséquence de retarder le transfert des territoires de la Grande-Bretagne au Canada. (Voir *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, par. 26.)

b) *Conditions à l'annexion*

[168] Certains habitants protestent à l'idée d'une annexion unilatérale, et leurs représentants posent alors leurs conditions à l'admission des territoires dans la Confédération, dont le bilinguisme législatif. Les représentants de la population francophone et de la population anglophone de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest convoquent deux assemblées afin de définir leurs intérêts communs et de discuter de l'avenir des territoires. Le bilinguisme législatif figure constamment au nombre des préoccupations soulevées. De ces assemblées naîtront deux listes (ou déclarations) des droits. Il s'agit non pas de vœux pieux, mais bien des conditions auxquelles l'annexion aura lieu.

[169] La première de ces assemblées se déroule du 16 novembre au 1^{er} décembre 1869. Vingt-quatre délégués y sont convoqués (douze Métis francophones et douze anglophones de souche

of mixed English and Aboriginal descent. Two of the representatives who attended were from outside the Red River Colony, more specifically from the parishes of Sainte-Marie and Sainte-Margaret, and the parish of Sainte-Anne.

[170] This convention resulted in the first list of rights. As was noted at the bottom of the list itself, the conditions were adopted unanimously:

All the above articles have been severally discussed and adopted by the French and English Representatives without a dissenting voice, as the conditions upon which the people of Rupert's Land enter into confederation.

(*Sessional Papers*, vol. V, 3rd Sess., 1st Parl., 1870, No. 12, at p. 100)

[171] One of these conditions was “[t]hat the English and French languages be common in the Legislature and Courts, and that all public documents and Acts of the Legislature be published in both languages” (art. 10): *Sessional Papers*, at p. 100.

[172] The second convention took place at Fort Garry from January 25 to February 10, 1870. The French-speaking Métis and English-speaking people of mixed English and Aboriginal descent each sent 20 delegates, six of whom were from outside the Red River Colony. A second list of rights emerged from this convention. Once again, linguistic rights featured prominently:

12. That the English and French languages be common in the Legislature and Courts, and that all public documents and Acts of the Legislature be published in both languages.

(*Sessional Papers*, Report of Donald A. Smith, at p. 11)

[173] Some of the articles in this list provoked extensive discussions; however, those concerning linguistic rights incited no debate at all (Prov. Ct. reasons, at paras. 203 and 206). It was taken for

anglo-autochtone). Parmi eux, deux proviennent de l'extérieur de la Colonie de la Rivière-Rouge, plus précisément de la paroisse de Sainte-Marie et Sainte-Margaret et de la paroisse de Sainte-Anne.

[170] Cette assemblée donne lieu à la première liste des droits. Comme il est indiqué au bas de cette dernière, les conditions sont adoptées à l'unanimité :

Tous ces articles furent séparément discutés et adoptés par les représentants français et anglais, sans une seule voix dissidente, comme étant les conditions auxquelles le peuple de la Terre de Rupert entrerait dans la confédération.

(*Documents de la Session*, vol. V, 3^e sess., 1^{re} lég., 1870, n^o 12, p. 104)

[171] L'une de ces conditions, énoncée à l'art. 10, est ainsi rédigée « [q]ue l'usage des langues anglaise et française sera facultatif dans la législation et les cours de justice, et que tous les documents et actes de la législation soient publiés dans les deux langues » (*Documents de la session*, p. 104).

[172] La deuxième assemblée a lieu à Fort Garry du 25 janvier au 10 février 1870. Les Métis francophones et les anglophones de souche anglo-autochtone y délèguent deux groupes de 20 délégués, dont six proviennent de l'extérieur de la Colonie de la Rivière-Rouge. L'assemblée donne lieu à une deuxième liste des droits. Encore une fois, les droits linguistiques y figurent au premier plan.

12. L'usage des langues anglaise et française sera facultatif dans la législation et les cours de justice, et tous les documents publics et les actes de la législation seront publiés dans les deux langues.

(*Documents de la session*, rapport de Donald A. Smith, p. 12)

[173] Certaines dispositions contenues dans cette liste suscitent de longues discussions; toutefois, celles concernant les droits linguistiques ne donnent lieu à aucun débat (motifs de la Cour provinciale, par. 203

granted that these rights would be included, as they reflected the existing reality (*ibid.*, at para. 296).

[174] The delegates to the convention drafted the lists on behalf of the inhabitants of the territories as a whole. The secretary of the committee responsible for drafting the second list of rights noted that “[t]he document was one containing a list of demands in the event of the country entering the Dominion as a Territory”: *The New Nation*, February 4, 1870, at p. 1, fifth day of the convention, January 29, 1870, 10:00 p.m., cited by Wenden Prov. Ct. J., at para. 202. This is significant, as it shows that what was being discussed was not the entry of the Red River Colony, but rather the entry of the “country”. Moreover, the secretary’s note shows that the demands in the list were not linked to entry as a province.

[175] A third list of rights was drafted by the executive of the provisional government and was dated March 23, 1870 (Queen’s Bench reasons, at para. 81). Although almost identical to the second list, the third contains broader linguistic demands:

XVI. THAT the English and French languages be common in the Legislature and in the Courts, and that all public documents, as well as all acts of the Legislature be published in both languages.

XVII. THAT whereas the French and English speaking people of Assiniboia are so equally divided as to number, yet so united in their interests and so connected by commerce, family connections and other political and social relations, that it has, happily, been found impossible to bring them into hostile collision, — although repeated attempts have been made by designing strangers, for reasons known to themselves, to bring about so ruinous and disastrous an event; — and whereas after all the troubles and apparent dissensions [*sic*] of the past, — the result of misunderstanding among themselves; they have — as soon as the evil agencies referred to above were removed, — become as united and friendly as ever; — therefore, as a means to strengthen this union and friendly feeling among all classes, we deem it expedient and advisable, — That the Lieutenant-Governor, who

et 206). Il est tenu pour acquis que les dispositions relatives à ces droits seront incluses puisqu’elles reflètent la situation existante (*ibid.*, par. 296).

[174] Les délégués à l’assemblée rédigent les listes pour le compte de la population de l’ensemble des territoires. Le secrétaire du comité responsable de la rédaction de la deuxième liste fait remarquer que [TRADUCTION] « [l]e document contenait une liste de revendications dans l’éventualité de l’annexion de la contrée au Dominion à titre de territoire » (*The New Nation*, le 4 février 1870, p. 1, cinquième jour de l’assemblée, le 29 janvier 1870, 22 h, cité par le juge Wenden de la Cour provinciale, par. 202). Cette remarque est importante, car elle démontre que c’était non pas l’entrée de la Colonie de la Rivière-Rouge qui était envisagée, mais plutôt celle de la « contrée ». En outre, les notes du secrétaire démontrent que le respect des conditions prévues à cette liste n’était pas subordonné à l’annexion de la région à titre de province.

[175] Une troisième liste des droits est rédigée par l’organe exécutif du gouvernement provisoire et est datée du 23 mars 1870 (motifs de la Cour du Banc de la Reine, par. 81). Quoique presque identique à la deuxième, cette troisième liste contient des revendications linguistiques plus étendues :

16°. Que les langues française et anglaise soient communes dans la législature et les cours, et que tous les documents publics, ainsi que les actes de la Législature, soient publiés dans les deux langues.

17°. Que vu que les populations de langues française et anglaise de l’Assiniboine sont tellement égales en nombre, si inséparables dans leurs intérêts et leurs relations commerciales, si unies par les liens du sang et par leurs relations sociales et politiques, qu’il a heureusement été trouvé impossible de les mettre en conflit, — bien que des efforts réitérés aient été faits, par des étrangers mal-intentionnés, pour des raisons connues à eux seuls, afin de précipiter les populations tant un malheur dont les suites eussent été ruineuses et désastreuses, — et puisque après tous les troubles et les dissensions [*sic*] apparentes du passé, — qui furent le résultat de malentendus, — ces populations n’en sont devenues que plus unies et plus étroitement liées que jamais, — aussitôt que la cause des maux dont nous avons parlé eut disparue [*sic*], — il résulte, qu’afin de maintenir dans cette

may be appointed for the Province of Assiniboia, should be familiar with both the French and English languages.

(Archives of Manitoba, “Red River Disturbance collection”, SIS 4/B/10; see also W. L. Morton, *Manitoba: The Birth of a Province* (1965), at pp. 246-47.)

[176] Three delegates — Father Ritchot, Judge Black and Alfred Scott — were sent to Ottawa to negotiate with the Canadian government (Prov. Ct. reasons, at para. 283). They were given this list of rights along with a letter of instruction from the President of the Provisional Government of Assiniboia in council. It advised them that certain provisions, including the guarantee of legislative bilingualism in art. 16, were preemptory. Moreover, it informed the delegates that they were not empowered to conclude final arrangements with the Canadian government; any agreement entered into would require the approval of and ratification by the provisional government (see A. Begg, *History of the North-West*, vol. I (1894), at pp. 475-76).

[177] The delegates represented the inhabitants of the whole of Rupert’s Land and the North-Western Territory, not only those of what is now Manitoba. This is evidenced by, *inter alia*, the third list of rights, which referred to the people of “Rupert’s Land and North-West” (art. 1). Moreover, the delegates were received by the Canadian government as “delegates from the North-West”: letter from Secretary of State for the Provinces Joseph Howe to the delegates, in G. F. G. Stanley, *The Birth of Western Canada: A History of the Riel Rebellions* (1936), at p. 118, quoted by Wenden Prov. Ct. J., at para. 285. Finally, there is no evidence that at the time of the negotiations the negotiating parties were contemplating that the Red River Colony would enter into Confederation independently. At the time the conditions for entry were drawn up, the entry of Manitoba as a separate province was not foreseen (*ibid.*, at paras. 234-35). The creation of Manitoba was a compromise that arose during the later stages of the negotiations, when the three delegates of the

union et dans ces sentiments de fraternité le peuple de toutes les classes et de toutes les conditions, — il nous semble qu’il serait convenable et sage de nommer pour la Province de l’Assiniboine un Gouverneur connaissant les deux langues française et anglaise.

(Archives du Manitoba, « Red River Disturbance collection », SIS 4/B/11; voir aussi W. L. Morton, *Manitoba : The Birth of a Province* (1965), p. 246-247.)

[176] Trois délégués — le père Ritchot, le juge Black et Alfred Scott — sont envoyés à Ottawa pour négocier avec le gouvernement canadien (motifs de la Cour provinciale, par. 283). Ils se voient remettre cette liste des droits, de même qu’une lettre d’instruction par le président du gouvernement provisoire d’Assiniboine, en conseil. Il y est indiqué que certaines dispositions, notamment la garantie de bilinguisme législatif énoncée à l’art. 16, sont péremptoires. De plus, cette lettre précise aux délégués qu’ils n’ont pas le pouvoir de conclure un arrangement final avec le gouvernement canadien : toute entente à laquelle ils parviendront devra être approuvée et ratifiée par le gouvernement provisoire (voir A. Begg, *History of the North-West*, vol. I (1894), p. 475-476).

[177] Ces délégués représentent l’ensemble de la population de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest, et non seulement la population du Manitoba actuel, comme le démontre notamment la troisième liste des droits, qui mentionne le peuple « de la Terre de Rupert et du Nord-Ouest » (art. 1). Les délégués sont par ailleurs reçus par le gouvernement canadien à titre de [TRADUCTION] « délégués du Nord-Ouest » (lettre du secrétaire d’État pour les provinces, Joseph Howe, aux délégués, dans G. F. G. Stanley, *The Birth of Western Canada : A History of the Riel Rebellions* (1936), p. 118, cité par le juge Wenden de la Cour provinciale, par. 285). Enfin, rien dans la preuve n’indique qu’au moment des négociations, les parties aux négociations envisageaient alors l’admission de la Colonie de la Rivière-Rouge dans la Confédération sans le reste du territoire. Au moment où les conditions d’entrée ont été conclues, nul ne prévoyait l’admission du Manitoba en tant que province distincte (*ibid.*, par. 234-235). La création du

provisional government met in Ottawa with Prime Minister John A. Macdonald and Minister of Militia and Defence Cartier. It has no effect on the existence of the promise at issue here.

[178] In summary, the representatives of the inhabitants of Rupert's Land and the North-Western Territory were resolute in their demands, which included a guarantee of legislative bilingualism. This condition for entry was treated as non-negotiable, and it reflected what had been the reality in the territories over the previous 20 years. As we will explain below, the representatives of the inhabitants of the territories were in a position to impose such conditions on the Canadian government.

(3) Negotiations With the Inhabitants Were Necessary in Order to Proceed With the Annexation

[179] A third contextual consideration concerns the relative negotiating strengths of the parties. Although Great Britain was keen to proceed with the annexation, Canada had refused to do so unless possession could be taken peacefully. British officials, in particular Earl Granville, the Colonial Secretary, placed considerable pressure on the Canadian government to negotiate with and grant concessions to the inhabitants. Great Britain did not want to be responsible for administering the territories. Under the *Rupert's Land Act, 1868* (U.K.), 31 & 32 Vict., c. 105, it had but one month from the date of surrender to arrange for the transfer of the territories to Canada: s. 3 (see Queen's Bench reasons, at para. 60).

[180] A telegram from Governor General John Young to Earl Granville dated November 26, 1869, illustrates Canada's unwillingness to accept the territories under non-peaceful circumstances:

Manitoba fut un compromis intervenu à un stade ultérieur des négociations, au moment où les trois délégués du gouvernement provisoire ont rencontré à Ottawa le premier ministre John A. Macdonald et le ministre de la Milice et de la Défense, M. Cartier. La création de la province du Manitoba n'a aucune incidence sur l'existence de la promesse qui nous occupe en l'espèce.

[178] En résumé, les représentants de la population de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest étaient déterminés dans leurs revendications, dont celle relative à la garantie de bilinguisme législatif. Cette condition d'admission en était une *sine qua non* et reflétait la réalité des 20 années précédentes dans les territoires. Comme nous le verrons, les représentants de la population des territoires pouvaient se permettre d'imposer de telles conditions au gouvernement canadien.

(3) La nécessité de négocier avec la population pour accomplir l'annexion

[179] La troisième considération contextuelle ré- fère au pouvoir de négociation relatif des parties à ces dites négociations. Même si la Grande-Bretagne est impatiente de procéder à l'annexion, le Canada s'y oppose à moins que la prise de possession ne soit pacifique. Les hauts fonctionnaires britanniques, en particulier le comte de Granville, secrétaire aux colonies, exercent alors une énorme pression sur le gouvernement canadien pour qu'il négocie avec la population et lui accorde des concessions. La Grande-Bretagne ne veut pas être responsable de l'administration des territoires. Aux termes de l'*Acte de la Terre de Rupert, 1868* (R.-U.), 31 & 32 Vict., c. 105, elle dispose de tout au plus un mois à compter de la date de la cession pour effectuer le transfert des territoires au Canada (art. 3) (voir les motifs de la Cour du Banc de la Reine, par. 60).

[180] Un télégramme, en date du 26 novembre 1869, adressé par le gouverneur général John Young au comte de Granville, illustre la réticence du Canada à accepter les territoires dans des circonstances non pacifiques :

On surrender by Company to the Queen, the Government of Company ceases. The responsibility of Administration of affairs will then rest on Imperial Government. Canada cannot accept transfer unless quiet possession can be given — anarchy will follow. . . . My advisers think Proclamation should be postponed. Mr. McDougall will remain near Frontier, waiting favorable opportunity for peaceable ingress. [Emphasis added.]

(*Correspondence Relative to the Recent Disturbances in the Red River Settlement* (1870) (“*Correspondence*”), at p. 12; see also Prov. Ct. reasons, at para. 463.)

[181] Earl Granville responded to Young’s telegram by refusing to postpone the annexation. He instead requested that the Governor General “use every effort to explain whatever misunderstandings may have arisen”: November 26, 1869, *Correspondence*, at p. 101, cited by Wenden Prov. Ct. J., at para. 384. He also required that Young ascertain the “wants” and “conciliate the good-will” of the people (*ibid.*). Shortly after this, the *Royal Proclamation* of 1869 was issued by the British government in response to the uprising. As we will explain below, the promises made in the *Royal Proclamation* were intended to reassure the inhabitants about the impending annexation.

[182] Prime Minister Macdonald urged the British government to allow matters to “remain as they are until quiet is restored”: report of a committee of the Privy Council, December 16, 1869, *Sessional Papers*, at p. 143, cited by Wenden Prov. Ct. J., at para. 391. The British government nevertheless continued to insist that Canada negotiate with the inhabitants. For example, on March 5, 1870, Earl Granville telegraphed Young, stating that military assistance would be sent “provided reasonable terms are granted Red River Settlers” (*Correspondence*, at p. 175, quoted by Wenden Prov. Ct. J., at para. 480). A subsequent telegram dated April 23, 1870, confirmed that troops were permitted to advance but required the “Canadian Government to accept decision of Her Majesty’s Government on all disputed points of the Settlers’ Bill of Rights”

Lors de la cession du territoire à la reine, par la compagnie, le gouvernement de la compagnie cesse. Le gouvernement impérial devient alors responsable de l’administration des affaires. Le Canada ne peut accepter le transfert si on ne lui en assure pas possession paisible. Il en résultera de l’anarchie [. . .] Mes ministres recommandent que la proclamation soit différée. M. McDougall doit rester près de la frontière, jusqu’à ce qu’un moment favorable lui permette d’entrer, sans encombre, sur le territoire. [Nous soulignons.]

(*Correspondance et documents relatifs aux événements récemment survenus dans les Territoires du Nord-Ouest* (1870), p. 143; voir aussi les motifs de la Cour provinciale, par. 463.)

[181] Le comte de Granville répond au télégramme de M. Young en refusant de différer l’annexion. De plus, il indique qu’il s’attend que le gouverneur général « prendra tout le soin possible pour expliquer le malentendu » : le 26 novembre 1869 (A. A. Taché, *L’Amnistie* (1874), p. 7). Le comte de Granville exhorte en outre M. Young à « s’assurer des désirs » et à « se concilier le bon vouloir » de la population (*ibid.*). Peu après, en réponse au soulèvement, le gouvernement britannique adopte la *Proclamation royale* de 1869. Comme nous le verrons, les promesses qui y sont faites visent à rassurer la population au sujet de l’annexion imminente.

[182] Le premier ministre, John A. Macdonald, exhorte aussi le gouvernement britannique à maintenir « l’état actuel des choses jusqu’à ce que la paix soit rétablie » (rapport d’un comité du Conseil privé, 16 décembre 1869, *Documents de la session*, p. 147, cité par le juge Wenden de la Cour provinciale, par. 391). Le gouvernement britannique continue néanmoins d’insister pour que le Canada négocie avec la population. À titre d’exemple, dans un télégramme adressé à M. Young le 5 mars 1870, le comte de Granville déclare qu’une aide militaire sera envoyée [TRADUCTION] « pourvu que les conditions consenties aux colons de la Rivière-Rouge soient raisonnables » (*Correspondence Relative to the Recent Disturbances in the Red River Settlement* (1870) (« *Correspondence* »), p. 175, cité par le juge Wenden de la Cour provinciale, par. 480).

(*Correspondence*, at p. 177, quoted by Wenden Prov. Ct. J., at para. 481).

[183] It is clear that Canada was unwilling to annex the territories while the inhabitants' resistance was under way. However, this was not a situation in which they could simply wait out the inhabitants' demands. The British government was applying significant pressure on Canada to negotiate reasonable terms for the transfer. This was the socio-political context in which the negotiations and the promises made to the inhabitants by the Canadian government must be understood. An interpretation that does not account for this context is not only inaccurate, but also unjust.

(4) Promises Made by the Canadian and British Governments Before the Annexation

[184] The fourth relevant element of the context relates to the interrelated undertakings that were extended to the inhabitants. Over the course of the negotiations, the Canadian and British governments made a series of promises. As will become apparent, those promises inform the basis of Alberta's constitutional duty to enact, print and publish its laws and regulations in French. However, we will start here by surveying the sources and the geographic scope of the promises.

(a) *Promise in the Royal Proclamation That All Civil and Religious Rights and Privileges Would Be Respected*

[185] The *Royal Proclamation* of 1869 was issued by the Governor General at the order of the Queen in response to the inhabitants' resistance. It contained a guarantee from the British government that upon annexation, all the "civil and religious rights and privileges" of the inhabitants of the North-Western Territory would be respected.

Un télégramme ultérieur, daté du 23 avril 1870, confirme que des troupes sont autorisées à avancer, mais qu'il faut que [TRADUCTION] « le gouvernement canadien accepte la décision du gouvernement de Sa Majesté à l'égard de tous les points litigieux de la Liste des droits des colons » (*Correspondence*, p. 177, cité par le juge Wenden de la Cour provinciale, par. 481).

[183] Il est clair que le Canada n'est pas disposé à annexer les territoires tant que durera la résistance de la population. Toutefois, il ne peut toutefois se contenter d'attendre que la population renonce à ses revendications. Le gouvernement britannique exerce des pressions importantes sur le Canada pour qu'il négocie des conditions de transfert raisonnables. Voilà le contexte sociopolitique à la lumière duquel il faut examiner les négociations et les promesses faites par le gouvernement canadien aux habitants des territoires. Toute interprétation qui n'en tiendrait pas compte serait non seulement erronée, mais également injuste.

(4) Les promesses faites par les gouvernements canadien et britannique avant l'annexion

[184] Le quatrième élément pertinent du contexte concerne les engagements solidaires pris envers la population. Durant toutes les négociations, les gouvernements canadien et britannique formulent une série de promesses. Comme nous le verrons, ces promesses constituent le fondement de l'obligation constitutionnelle de l'Alberta d'édicter, d'imprimer et de publier ses lois et règlements en français. Nous croyons toutefois pertinent de d'abord passer en revue les sources et la portée géographique de ces promesses.

a) *Promesse, dans la Proclamation royale, selon laquelle tous les droits et privilèges civils et religieux seront respectés*

[185] La *Proclamation royale* de 1869 est adoptée par ordre de la Reine par le gouverneur général en réaction à la résistance de la population. Dans ce document, le gouvernement britannique garantit entre autres à la population du Territoire du Nord-Ouest que tous ses « droits et privilèges civils et religieux » seront respectés à l'annexion.

[186] The relevant portions of the *Proclamation*, which was addressed to the inhabitants, read as follows:

THE QUEEN has charged me, as Her representative, to inform you that certain misguided persons in Her Settlements on the Red River, have banded themselves together to oppose by force the entry into Her North-Western Territories of the officer selected to administer, in Her Name, the Government, when the Territories are united to the Dominion of Canada, under the authority of the late Act of the Parliament of the United Kingdom; and that those parties have also forcibly, and with violence, prevented others of Her loyal subjects from ingress into the country.

Her Majesty feels assured that she may rely upon the loyalty of her subjects in the North-West, and believes those men, who have thus illegally joined together, have done so from some misrepresentation.

The Queen is convinced that in sanctioning the Union of the North-West Territories with Canada, she is promoting the best interest of the residents, and at the same time strengthening and consolidating her North American possessions as part of the British Empire. You may judge then of the sorrow and displeasure with which the Queen views the unreasonable and lawless proceedings which have occurred.

Her Majesty commands me to state to you, that she will always be ready through me as her representative, to redress all well founded grievances, and that she has instructed me to hear and consider any complaints that may be made, or desires that may be expressed to me as Governor General. At the same time she has charged me to exercise all the powers and authority with which she has entrusted me in the support of order, and the suppression of unlawful disturbances.

By Her Majesty's authority I do therefore assure you, that on the union with Canada all your civil and religious rights and privileges will be respected, your properties secured to you, and that your Country will be governed, as in the past, under British laws, and in the spirit of British justice. [Emphasis added.]

(*Sessional Papers*, at p. 44)

[187] Although the *Proclamation* does refer to the Red River Colony, its effect was clearly not limited

[186] Les extraits pertinents de la *Proclamation*, adressée à la population, sont ainsi rédigés :

LA REINE m'a chargé, comme son représentant, de vous informer qu'elle a appris avec surprise et regret que certaines personnes mal conseillées, dans ses établissements de la Rivière-Rouge, se sont liguées pour s'opposer, par la force, à l'entrée dans ses Territoires du Nord-Ouest de l'Officier choisi pour administrer, en son nom, le gouvernement, lorsque les Territoires seront unis à la Puissance du Canada, sous l'autorité du récent Acte du Parlement du Royaume-Uni; et que ces personnes, par force et violence, ont aussi empêché d'autres de ses loyaux sujets d'entrer dans le pays.

Sa Majesté a l'assurance qu'elle peut compter sur la loyauté de ses sujets dans le Nord-Ouest, et croit que ceux qui se sont ainsi illégalement ligués l'ont fait par suite de quelque malentendu ou fausse représentation.

La Reine est convaincue qu'en sanctionnant l'union des Territoires du Nord-Ouest avec le Canada, elle consulte les meilleurs intérêts de ceux qui y résident, renforçant et consolidant en même temps ses possessions dans l'Amérique du Nord comme partie de l'Empire Britannique. Vous pouvez donc juger du chagrin et du déplaisir avec lesquels la Reine regarde les actes déraisonnables et illégaux qui ont eu lieu.

Sa Majesté me commande de vous dire qu'elle sera toujours prête, par ma voie comme son représentant, à redresser tous griefs bien fondés; et qu'elle m'a donné instruction d'écouter et considérer toutes plaintes qui pourront être faites, ou tous désirs qui pourront m'être exprimés en ma qualité de Gouverneur-Général. En même temps, elle m'a chargé d'exercer tout le pouvoir et l'autorité dont elle m'a revêtu pour le maintien de l'ordre et la répression de troubles illégaux.

Par l'autorité de Sa Majesté, je vous assure donc que sous l'union avec le Canada, tous vos droits et privilèges civils et religieux seront respectés, vos propriétés vous seront garanties, et que votre pays sera gouverné, comme par le passé, d'après les lois anglaises et dans l'esprit de la justice britannique. [Nous soulignons.]

(*Documents de la session*, p. 45)

[187] Même si la *Proclamation* renvoie effectivement à la Colonie de la Rivière-Rouge, il est clair

to the settlers in that area. It is explicitly addressed to people living in territories outside the Colony as well. It refers to the loyalty of the Queen's "subjects in the North-West", and also to the geographic region itself. The first paragraph of the *Proclamation* quoted above mentions that the Queen's officer had been denied entry into the North-West Territories as a whole. And in the third paragraph, the annexation is described as a "Union of the North-West Territories with Canada".

[188] The significance attached to the *Royal Proclamation* by representatives of the Canadian government is evident from the manner in which they invoked it. The *Proclamation* was widely discussed, and 500 copies of it were printed and distributed in English, French and Cree: P. Foucher, "Le statut constitutionnel de la Proclamation royale de 1869", in S. Bouffard and P. Dorrington, eds., *Le statut du français dans l'Ouest canadien: la cause Caron* (2014), 177, at p. 183; *Correspondence*, at p. 101; *Report of the Select Committee on the Causes of the Difficulties in the North-West Territory in 1869-70* (1874), at pp. 17 and 101. As will be seen below, Commissioner Donald Smith, who was charged by the Governor General with conveying the Canadian government's intentions to the North-Western Territory's inhabitants, emphasized the *Proclamation* in his negotiations with the inhabitants.

(b) *Promises Made by the Government's Representatives to the Inhabitants and Their Delegates*

[189] The delegates of the Canadian government who met with the inhabitants' representatives confirmed that the inhabitants' rights and privileges would be respected.

[190] On January 19 and 20, 1870, at a mass outdoor meeting held in Fort Garry, Smith read out several pieces of government correspondence to a crowd of more than 1,000 people: E. A. Aunger, "Pourvoir à ce que les droits acquis soient respectés: la cause *Caron* et la protection constitutionnelle du bilinguisme officiel dans l'Ouest canadien",

qu'elle ne vise pas uniquement les colons de cette région. Le texte s'adresse explicitement à un peuple qui occupe un territoire qui s'étend également au-delà de la Colonie. Il mentionne la loyauté des « sujets [de la Reine] dans le Nord-Ouest » et la région même. Dans le premier paragraphe de la *Proclamation* reproduit ci-dessus, il est reconnu que l'officier de la Reine s'est vu refuser l'entrée dans l'ensemble des Territoires du Nord-Ouest. Par ailleurs, l'annexion est décrite, au troisième paragraphe, comme « l'union des Territoires du Nord-Ouest avec le Canada ».

[188] La façon dont les représentants du gouvernement canadien invoquent la *Proclamation royale* témoigne de l'importance qu'ils lui accordent. La *Proclamation* est amplement discutée, et 500 exemplaires en anglais, français et cri sont imprimés et distribués (P. Foucher, « Le statut constitutionnel de la Proclamation royale de 1869 », dans S. Bouffard et P. Dorrington, dir., *Le statut du français dans l'Ouest canadien : la cause Caron* (2014), 177, p. 183; *Correspondence*, p. 101; *Rapport du Comité spécial sur les causes des troubles du Territoire du Nord-Ouest en 1869-70* (1874), p. 17 et 101). Comme nous le verrons, Donald Smith, qui est chargé par le gouverneur général de communiquer les intentions du gouvernement canadien à la population du Territoire du Nord-Ouest, insiste grandement sur la *Proclamation* dans ses négociations avec les habitants.

b) *Promesses formulées par les représentants du gouvernement à la population et à ses délégués*

[189] Les délégués du gouvernement canadien, lors des rencontres avec les représentants de la population, confirment que les droits et privilèges dont elle jouit seront respectés.

[190] Les 19 et 20 janvier 1870, lors d'une assemblée tenue en plein air à Fort Garry, M. Smith fait lecture de plusieurs lettres du gouvernement devant une foule de plus d'un millier de personnes (E. A. Aunger, « Pourvoir à ce que les droits acquis soient respectés : la cause *Caron* et la protection constitutionnelle du bilinguisme officiel dans

in Bouffard and Dorrington, 59, at p. 80; see also Queen’s Bench reasons, at para. 74, and Prov. Ct. reasons, at paras. 192 and 378. This correspondence included a letter from Young to William McTavish, the then-Governor of Rupert’s Land, dated December 6, 1869, which contained the following statement:

And the inhabitants of Rupert’s Land, of all classes and persuasions, may rest assured Her Majesty’s Government has no intention of interfering with, or setting aside, or allowing others to interfere with, the religion, the rights, or the franchise hitherto enjoyed, or to which they may hereafter prove themselves equal.

(*Correspondence*, at p. 101, cited by Wenden Prov. Ct. J., at para. 383.)

Following the outdoor meeting, a second convention took place, from which a second list of rights emerged. Upon hearing the demands set out in the second list of rights, Smith assured the inhabitants of their right to legislative bilingualism, stating: “. . . I have to say, that its propriety is so very evident that it will unquestionably be provided for” (*The New Nation*, February 11, 1870, at p. 4; Aunger testimony, at para. 20; Prov. Ct. reasons, at para. 479).

[191] Promises were also made to the inhabitants’ representatives during the negotiations in Ottawa. Legislative bilingualism was not a contentious request in these negotiations, and there is no indication that it was not accepted. This follows from correspondence between Earl Granville’s delegates to the negotiations in which the conditions that had been rejected by the British and Canadian delegations were listed. Article 16, which demanded a guarantee of legislative and judicial bilingualism, was not among the ones they had rejected: see *Manitoba Métis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2007 MBQB 293, 223 Man. R. (2d) 42, at para. 484.

[192] These commitments were not simply a propaganda tool — the guarantees were referred to in correspondence between government officials. For

l’Ouest canadien », dans Bouffard et Dorrington, 59, p. 80; voir aussi les motifs de la Cour du Banc de la Reine, par. 74; motifs de la Cour provinciale, par. 192 et 378). Parmi elles figure une lettre de M. Young adressée à William McTavish, alors gouverneur de la Terre de Rupert, datée du 6 décembre 1869. On peut y lire ceci :

[TRADUCTION] Et les habitants de la Terre de Rupert, de toutes les classes et allégeances, peuvent être certains que le gouvernement de Sa Majesté n’a aucune intention de porter atteinte à la religion ou aux droits ou privilèges dont ils jouissent jusqu’ici ou à ceux qu’ils pourraient avoir à l’avenir, ni de les interdire, ni de permettre à d’autres de le faire.

(*Correspondence*, p. 101, cité par le juge Wenden de la Cour provinciale, par 383.)

À la suite de l’assemblée en plein air, une deuxième assemblée est tenue, de laquelle émane une deuxième liste des droits. Après audition des revendications énoncées dans la deuxième liste des droits, M. Smith assure à la population que son droit au bilinguisme législatif sera respecté : [TRADUCTION] « . . . il faut dire que [la] légitimité [de cette demande] est tellement évidente qu’il ne fait aucun doute qu’on y pourvoira » (*The New Nation*, 11 février 1870, p. 4; témoignage de M. Aunger, par. 20; motifs de la Cour provinciale, par. 479).

[191] Des promesses sont également formulées aux représentants de la population lors des négociations à Ottawa. La revendication concernant le bilinguisme législatif n’est alors pas litigieuse, et rien n’indique qu’elle n’a pas été acceptée. Cette conclusion découle de la correspondance entre les délégués du comte de Granville ayant participé aux négociations, dans laquelle les conditions rejetées par les délégations britanniques et canadiennes sont énumérées. L’article 16, qui réclame le bilinguisme législatif et judiciaire, ne figure pas parmi les revendications rejetées (voir *Manitoba Métis Federation Inc. c. Canada (Attorney General)*, 2007 MBQB 293, 223 Man. R. (2d) 42, par. 484).

[192] Ces engagements ne constituent pas simplement un outil de propagande. En effet, les hauts fonctionnaires invoquent eux-mêmes les garanties

example, in a letter from Secretary of State for the Provinces Howe to Lieutenant Governor McDougall dated December 7, 1869, Howe wrote: “You will now be in a position, in your communications with the residents of the North-West, to assure them [t]hat all their civil and religious liberties and privileges will be sacredly respected” (*Correspondence*, at p. 35).

[193] The promises made by the officials were accepted by the inhabitants’ delegates. On June 24, 1870, Father Ritchot returned to Fort Garry from Ottawa and reported to the provisional government. The provisional government subsequently accepted entry into the union, noting:

In view, however, of the liberal policy adopted in the interest of the people of the North-West by the Canadian Ministry, and recommended by the Imperial Government, a policy necessarily based on the principles for which they have fought, the Provisional Government and the Legislative Assembly, in the name of the people of the North-West, do accept the “Manitoba Act”, and consent to enter into Confederation on the terms entered into with our delegates.

(Stanley, at p. 124)

[194] Alberta submits that the provisional government approved only the *Manitoba Act, 1870* (Boutet, R.F., at paras. 56-60). In our view, the above passage shows that the situation is more nuanced than that. It is important to bear in mind that, while it is true that the provisional government accepted the *Manitoba Act, 1870*, it also consented “to enter into Confederation on the terms entered into with our delegates”. The provisional government’s understanding of what was agreed on cannot therefore be reduced to the content of that Act only. Moreover, its statement shows that there was no radical break between the earlier stages of the negotiations, which clearly included legislative bilingualism for the whole territory, and the final agreement. The deal was informed by a “liberal policy adopted in the interest of the people of the North-West” that was “based on the principles for which they have fought”. The provisional government agreed, “in the name of the

dans leurs propres échanges. À titre d’exemple, dans une lettre du 7 décembre 1869 adressée au lieutenant-gouverneur McDougall, le secrétaire d’État pour les provinces, M. Howe, écrit : [TRADUCTION] « Vous serez maintenant en mesure, dans vos communications avec les résidents du Nord-Ouest, de leur donner l’assurance que tous leurs libertés et privilèges civils et religieux seront considérés comme sacrés et respectés » (*Correspondence*, p. 35).

[193] Les représentants de la population acceptent les promesses des hauts fonctionnaires. Le 24 juin 1870, le père Ritchot quitte Ottawa pour rentrer à Fort Garry et faire rapport au gouvernement provisoire, qui acceptera par la suite l’union. Le gouvernement provisoire fera alors la remarque suivante :

[TRADUCTION] Toutefois, vu la politique libérale adoptée dans l’intérêt du peuple du Nord-Ouest par le ministère canadien et recommandée par le gouvernement impérial — politique nécessairement fondée sur les principes pour lesquels ils se sont battus —, le gouvernement provisoire et l’Assemblée législative acceptent, au nom du peuple du Nord-Ouest, la « Loi sur le Manitoba » et consentent à l’admission dans la Confédération conformément aux conditions acceptées par nos délégués.

(Stanley, p. 124)

[194] L’Alberta soutient que le gouvernement provisoire a uniquement approuvé la *Loi de 1870 sur le Manitoba* (Boutet, m.i., par. 56-60). À notre avis, l’extrait précédent démontre l’existence d’une situation plus nuancée. Il importe de se rappeler que le gouvernement provisoire, s’il a accepté la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, a aussi consenti à [TRADUCTION] « l’admission dans la Confédération conformément aux conditions acceptées par nos délégués ». On ne peut donc réduire à cette seule loi la teneur de l’entente à laquelle le gouvernement provisoire estimait avoir adhéré. De plus, la déclaration du gouvernement provisoire démontre qu’il n’y a pas eu de rupture radicale entre les étapes antérieures de négociation, où figurait clairement la question du bilinguisme législatif pour l’ensemble du territoire, et l’entente finale. Celle-ci reposait sur une « politique libérale adoptée dans l’intérêt du peuple du Nord-Ouest » tenant compte « des principes pour lesquels

people of the North-West”, to the annexation of the whole of the territories to Canada, and it did so because Canada had agreed to the conditions that were essential to that people. These conditions included legislative bilingualism.

[195] Given the importance of legislative bilingualism, had it been dropped as a condition for entry for the vast majority of the territories that were to be annexed, discussions would surely have taken place in this regard. It is inconceivable that, in their position of strength, the inhabitants would have dropped this demand without a word of protest or explanation. Absent evidence to the contrary, it must be concluded that the inhabitants understood legislative bilingualism to be included among the promises that had been made with respect to the creation of the North-Western Territory.

(5) Post-annexation Situation

[196] The relevance of the context does not end with the issuance of the *1870 Order*. Immediately after the annexation, the North-Western Territory was governed pursuant to the *Manitoba Act, 1870*. Although our colleagues agree on the existence of a system of joint bilingual administration in the post-annexation period, they contend that there is no evidence that this joint administration was part of the implementation of a constitutional guarantee (see para. 88). To deny that there is any evidence in this regard, it is necessary to disregard a large part of the historical context found in the record. We are of the view that the state of affairs that prevailed throughout the territories and the actions of the negotiating parties after the agreement was reached are indicative of their understanding of the constitutional deal that had been struck.

[197] With regard to legislative and judicial practices in the territories, little changed following the provisional government’s decision to accede to the annexation. Bilingualism continued in the legislative, judicial and social spheres throughout the territories (Prov. Ct. reasons, at para. 354). This both represented continuity in relation to prior practices

ils se sont battus ». Le gouvernement provisoire a consenti, « au nom du peuple du Nord-Ouest », à l’annexion au Canada de tous les territoires, et ce, parce que le Canada avait accepté les conditions qui étaient essentielles pour ce peuple. Ces conditions incluaient le bilinguisme législatif.

[195] Vu l’importance de cet enjeu du bilinguisme législatif, il ne fait aucun doute qu’il aurait suscité des discussions si on y avait renoncé comme condition d’admission de la vaste majorité des territoires visés par l’annexion. Il est inconcevable que la population, qui était en position de force, ait cédé sans la moindre protestation ou explication. En l’absence de preuve contraire, il faut conclure que la population avait compris que le bilinguisme législatif faisait partie des promesses faites au regard de la création du Territoire du Nord-Ouest.

(5) La situation après l’annexion

[196] La pertinence du contexte ne cesse pas à la promulgation du *Décret de 1870*. Immédiatement après l’annexion, le Territoire du Nord-Ouest est régi par les dispositions de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. Nos collègues reconnaissent l’existence d’une administration bilingue conjointe après l’annexion, mais ils soutiennent que rien ne prouve que cette administration s’inscrivait dans la mise en œuvre d’une garantie constitutionnelle (voir par. 88). Pour nier l’existence de toute preuve à cet égard, il serait nécessaire d’omettre de vastes pans du contexte historique révélé par la preuve dans ce dossier. Nous sommes d’avis que la situation dans les territoires et le comportement des parties aux négociations après la conclusion de l’entente en disent long sur la compréhension qu’elles avaient de l’accord constitutionnel intervenu.

[197] En ce qui concerne les pratiques législatives et judiciaires dans les territoires, il y a peu de changements après la décision du gouvernement provisoire d’acquiescer à l’annexion. Le bilinguisme continue de se manifester dans les sphères législative, judiciaire et sociale partout dans les territoires (motifs de la Cour provinciale, par. 354).

and followed from the application of the *Manitoba Act, 1870*.

[198] At the time of the annexation, no distinct governing structure was legislated for the North-Western Territory. As a result, the transition was marked by continuity. This can be seen in the legislative schemes that existed in the period leading up to the annexation as well. For instance, s. 5 of the *Rupert's Land Act, 1868* and s. 5 of the *Temporary Government of Rupert's Land Act, 1869*, S.C. 1869, c. 3, provided for continuity of the courts and laws throughout the territories.

[199] Upon joining the Dominion, the North-Western Territory and Manitoba were administered largely by the same officials. This was in keeping with the demographic reality: the North-Western Territory was sparsely populated, and its inhabitants had significant historical, political and family ties to Manitoba. Moreover, the *de facto* joint administration was supported by specific provisions of the *Manitoba Act, 1870*.

[200] In 1870, government officials served in the same capacities for both Manitoba and the North-Western Territory. In the case of the Lieutenant Governor, this was explicitly provided for in s. 35 of the *Manitoba Act, 1870*. In practice, his legal adviser for Manitoba also served as attorney general for the North-Western Territory. The same practice prevailed in the legislative branch, with members of Manitoba's Legislative Assembly doubling as members of the council of the North-Western Territory. With regard to judicial affairs, the General Court functioned as the highest court in both jurisdictions, and the Recorder of Manitoba also served in the same capacity in the North-Western Territory (Prov. Ct. reasons, at paras. 326 and 331-33).

[201] The individuals appointed to such offices were predominantly bilingual. Adams Archibald, who served as Lieutenant Governor, was bilingual,

Cette situation témoigne de la continuité dans les pratiques et résulte de l'application de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*.

[198] À la date de l'annexion, aucune structure gouvernementale distincte n'est créée pour le Territoire du Nord-Ouest. C'est donc sous le signe de la continuité que se fait la transition. Les régimes législatifs mis en place avant l'annexion révèlent aussi ce souci de continuité. À titre d'exemple, l'art. 5 de l'*Acte de la Terre de Rupert, 1868* et l'art. 5 de la loi intitulée *Gouvernement provisoire de la Terre de Rupert, 1869*, S.C. 1869, c. 3, prévoient la continuité sur les plans judiciaire et législatif dans les territoires.

[199] Après leur admission dans le Dominion, le Territoire du Nord-Ouest et le Manitoba sont administrés en grande partie par les mêmes hauts fonctionnaires, ce qui est bien adapté à la réalité démographique. En effet, la population du Territoire du Nord-Ouest est clairsemée et elle a des liens historiques, politiques et familiaux importants avec celle du Manitoba. De plus, cette administration conjointe existant *de facto* tire son origine de dispositions précises de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*.

[200] En 1870, les hauts fonctionnaires du gouvernement exercent leurs fonctions au même titre au Manitoba et dans le Territoire du Nord-Ouest. Dans le cas du lieutenant-gouverneur, cette situation est prévue expressément à l'art. 35 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. En pratique, le conseiller juridique du lieutenant-gouverneur pour le Manitoba assume également le rôle de procureur général du Territoire du Nord-Ouest. Une pratique semblable existe au niveau du pouvoir législatif : les députés de l'Assemblée législative du Manitoba sont également députés du conseil du Territoire du Nord-Ouest. En ce qui concerne les affaires judiciaires, la Cour générale constitue la plus haute cour des deux ressorts, et le *recorder* du Manitoba agit aussi en cette même qualité dans le Territoire du Nord-Ouest (motifs de la Cour provinciale, par. 326 et 331-333).

[201] Les titulaires de ces postes sont en grande majorité bilingues. C'est le cas du lieutenant-gouverneur, Adams Archibald, et des membres de

as were the members of his legislative and executive councils. In appointing these officials, he explicitly considered the need for Francophones to be represented. The Recorder, Francis Johnson, was also bilingual (Prov. Ct. reasons, at paras. 344-46).

[202] Because legislative and judicial affairs were each conducted in an integrated manner, the explicit guarantees afforded to Manitoba in the *Manitoba Act, 1870* were effectively extended to the North-Western Territory. In particular, legislative and judicial bilingualism were ensured by s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*, which provided that either French or English could be used in debates of the houses of the legislature and in the courts, and required that the acts, records and journals of the legislature be printed and published in both languages.

[203] That legislative bilingualism did not prevail only in Manitoba is evident from the practices of the territorial council, which enacted and printed its laws in both French and English. The first council passed three laws, two of which were printed simultaneously in French and English. The council later recommended the production of

a Manual containing all such Acts and Orders of Council as relate to the Government of the North West Territories, together with all Acts of the Dominion of Canada, whether relating to the Criminal Laws or otherwise, which apply to the N. W. Territories and all Acts passed by this Council, should be prepared and a number printed, in both French and English for use of the said Justices of the Peace and other officials. [Emphasis added.]

(Oliver, vol. II, at p. 1023; see also Prov. Ct. reasons, at para. 352.)

[204] In 1877, the existing practice of legislative bilingualism was codified in s. 11 of *The North-West Territories Act, 1877*, S.C. 1877, c. 7. This section was the result of an amendment proposed in the Senate, one that passed without debate (Prov. Ct. reasons, at para. 365). Our colleagues state that “[w]hen legislative bilingualism was enacted as part of the amendment process in 1877, nothing suggested that [this was done] out of a sense

ses conseils législatif et exécutif. En procédant à la nomination de ces fonctionnaires, il considère expressément la nécessité d’une représentation francophone. *Le recorder*, Francis Johnson, est aussi bilingue (motifs de la Cour provinciale, par. 344-346).

[202] Étant donné l’intégration, dans les deux ressorts, du législatif d’une part et du judiciaire d’autre part, les garanties expresses conférées au Manitoba par la *Loi de 1870 sur le Manitoba* s’étendent dans les faits au Territoire du Nord-Ouest. En particulier, le bilinguisme législatif et judiciaire est garanti par l’art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, qui prévoit le droit d’employer le français ou l’anglais dans les débats des chambres de la législature et devant les tribunaux, ainsi que l’impression et la publication des lois, archives, comptes rendus et procès-verbaux de la législature dans les deux langues.

[203] Il ressort des pratiques du conseil territorial, qui adopte et imprime ses lois en français et en anglais, que le bilinguisme législatif n’a pas seulement cours au Manitoba. Le premier conseil adopte trois lois, dont deux sont imprimées simultanément dans les deux langues. Le Conseil recommande par la suite la production de ce qui suit :

... pour l’usage desdits juges de paix et autres officiers de préparer un manuel, dont il sera imprimé un certain nombre d’exemplaires en anglais et en français, contenant tous les actes ou arrêtés du conseil relatif au gouvernement des territoires du Nord-Ouest, ainsi que tous les actes du Dominion du Canada relatifs aux lois criminelles ou autres qui s’appliquent aux territoires du Nord-Ouest, et tous les actes adoptés par le conseil . . . [Nous soulignons.]

(Oliver, vol. II, p. 750-751; voir aussi les motifs de la Cour provinciale, par. 352.)

[204] En 1877, l’art. 11 de l’*Acte des Territoires du Nord-Ouest, 1877*, S.C. 1877, c. 7, vient consacrer dans la loi le bilinguisme législatif existant. Cette disposition est le résultat d’une modification proposée au Sénat, adoptée sans débat (motifs de la Cour provinciale, par. 365). Nos collègues affirment que « [l]orsque le bilinguisme législatif a été prévu dans le cadre du processus de modification législative, en 1877, rien ne permettait de croire

of constitutional obligation” (para. 89). We respectfully disagree. Senator Girard, who introduced the amendment, noted that

the French language seemed to have been totally ignored in the bill, although the majority of the people of the territories were French, and they had as much right to have their language acknowledged there as they had in Quebec and Manitoba by having a translation of all the ordinances passed for their guidance. [Emphasis added.]

(*Debates of the Senate*, 4th Sess., 3rd Parl., April 9, 1877, at p. 319; see also *R. v. Lefebvre* (1986), 74 A.R. 81, at para. 49, per Belzil J.A., dissenting.)

[205] Our colleagues also emphasize the 1891 amendment to s. 110 of *The North-West Territories Act*, which placed legislative bilingualism under the jurisdiction of the territorial legislature (see para. 76). In our view, that amendment did not reflect a proper understanding of the compromise that had been reached in 1870. Initially, it appeared in a bill introduced in 1890 by D’Alton McCarthy that “was viewed by its sponsor as simply the first step in a process the ultimate goal of which was the elimination of the French language throughout the country, a process which incidentally included the attempted abolition by Manitoba of the language guarantees in s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*”: *Mercury*, at p. 254. Just as the *de facto* abolition of legislative bilingualism in Manitoba cannot be said to reflect an accurate understanding of the historic compromise reached in 1870, its purported abolition in the territories cannot be said to have extinguished legislative bilingualism in Alberta. As this Court recently observed, “[t]he Constitution is the supreme law of our country, and it demands that courts be empowered to protect its substance and uphold its promises”: *Manitoba Metis Federation*, at para. 153. The fact that a constitutional promise has been ignored for over a century takes nothing away from it. The passage of time does not remedy this injustice — it remains an injustice today.

que [. . .] cette modification [. . .] était mue par un sentiment d’obligation constitutionnelle » (par. 89). Nous ne sommes pas d’accord. Pour reprendre les propos du sénateur Girard, parrain du projet :

[TRADUCTION] . . . le projet de loi semble avoir complètement fait abstraction de la langue française, bien que la majorité des habitants des territoires soit francophone, et ils avaient autant le droit de voir leur langue reconnue que la population du Québec et du Manitoba, en disposant d’une traduction de toutes les ordonnances adoptées pour leur gouverne. [Nous soulignons.]

(*Debates of the Senate*, 4^e sess., 3^e lég., 9 avril 1877, p. 319; voir aussi *R. c. Lefebvre* (1986), 74 A.R. 81, par. 49, le juge Belzil de la Cour d’appel, dissident.)

[205] Nos collègues insistent aussi sur la modification de l’art. 110 de l’*Acte des territoires du Nord-Ouest*, laquelle associe la question du bilinguisme législatif à la législature territoriale (voir par. 76). À notre avis, cette modification ne reflète pas adéquatement les compromis intervenus en 1870. Initialement, elle figure dans un projet de loi, introduit en 1890 par D’Alton McCarthy, qui « était considéré par son parrain simplement comme la première étape d’un processus qui visait ultimement l’élimination de la langue française dans tout le pays, un processus qui comprenait incidemment la tentative d’abolition par le Manitoba des garanties linguistiques prévues à l’art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* » (*Mercury*, p. 254). Tout comme on ne peut prétendre que l’abolition *de facto* du bilinguisme législatif au Manitoba traduisait bien les compromis historiques atteints en 1870, on ne peut conclure que la prétendue abolition *de facto* dans les territoires a éteint tout bilinguisme législatif en Alberta. Comme notre Cour le fait observer dans une affaire récente, « [l]a Constitution est la loi suprême de notre pays, et elle demande que les tribunaux soient habilités à en protéger la substance et à en faire respecter les promesses » (*Manitoba Metis Federation*, par. 153). Le fait qu’une promesse constitutionnelle ait été bafouée pendant plus d’un siècle ne la fait pas disparaître. Le passage du temps n’a pas réparé cette injustice; elle perdure toujours aujourd’hui.

(6) Legislative Bilingualism Was Part of the Deal for the Whole of the Territories

[206] Regardless of the fact that legislative bilingualism was explicitly provided for in the *Manitoba Act, 1870*, it was part of the deal for the North-Western Territory and not only for the province of Manitoba.

[207] Throughout the negotiations, the French- and English-speaking inhabitants from across the territories had been resolute in their demands. Their representatives met with each other and deliberated together for the benefit of the territories as a whole. In their interactions with Canadian and British officials, they held themselves out as — and were received as — representatives of the people of Rupert’s Land and the North-Western Territory. This made perfect sense given the strong family and economic ties that linked the Métis community across the vast region.

[208] The compromise between the inhabitants and the Canadian government led to the addition of two new regions to the Dominion: a province and a territory. However, the negotiations leading up to the annexation had not been bifurcated; the conditions demanded by the inhabitants that were enumerated in the lists of rights had applied in respect of both regions. At no time were separate delegates selected for each of the two regions, and in agreeing to enter into the Dominion, the provisional government had explicitly acted on behalf of all “the people of the North-West”.

[209] Understanding the geographical context is critical to interpreting the historic constitutional events. The Red River Colony was undoubtedly the *de facto* capital of Rupert’s Land and the North-Western Territory. It was where the majority of the population lived, and it served as the administrative centre of the territories, being where the governor’s residence, the Assiniboia Council and the General Court were located (Prov. Ct. reasons, at para. 170). The remainder of the settlements in the territories consisted of “isolated outposts . . . scattered along the lonely waterways of the North-West, from the

(6) Le bilinguisme législatif faisait partie de l’entente, et ce pour la totalité du territoire

[206] S’il est vrai que le bilinguisme législatif était expressément prévu dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, il faisait aussi partie de l’entente pour le Territoire du Nord-Ouest.

[207] Tout au long des négociations, les habitants francophones et anglophones de partout dans les territoires se montrent fermes dans leurs revendications. Leurs représentants se réunissent pour délibérer dans l’intérêt de l’ensemble des territoires. Dans leurs rapports avec les hauts fonctionnaires canadiens et britanniques, ils se présentent — et sont considérés — comme les représentants du peuple de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest. Ceci est tout à fait logique étant donné la force des liens familiaux et économiques qui unissent la communauté métisse de cette vaste région.

[208] Le compromis auquel en arrivent la population et le gouvernement canadien permet l’ajout de deux nouvelles régions au Dominion : une province et un territoire. Cependant, les négociations menant à l’annexion ne sont pas scindées pour autant; les revendications de la population consignées dans les listes des droits visent les deux régions des territoires. Jamais dans le processus des délégués différents sont nommés pour l’une ou l’autre région et, au moment d’accepter l’annexion au Dominion, le gouvernement provisoire agit explicitement pour le compte de l’ensemble du « peuple du Nord-Ouest ».

[209] Afin d’interpréter de façon juste les événements historiques ayant une incidence constitutionnelle, il est essentiel de bien comprendre le contexte géographique. À l’époque, la Colonie de la Rivière-Rouge est sans contredit la capitale *de facto* de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest. C’est là qu’on y retrouve la majorité de la population, et elle constitue le centre administratif des territoires, le gouverneur, le Conseil d’Assiniboine et la Cour générale y ayant leurs quartiers (motifs de la Cour provinciale, par. 170). Pour le reste, les établissements dans les territoires

international boundary to the Arctic Ocean and from Lake Winnipeg to the Rockies”: L. H. Thomas, *The Struggle for Responsible Government in the North-West Territories: 1870-97* (2nd ed. 1978), at p. 21, cited by Wenden Prov. Ct. J., at para. 171. Nonetheless, as we mentioned above, the bilingual practices of the council and the court, including the application of ordinances and the exercise of judicial authority, extended beyond the Red River Colony.

[210] Around the time of the negotiations, the Métis population of the Red River Colony numbered roughly 9,000. The Métis population in the territories outside the Colony, though smaller, was still significant; it numbered more than 2,000: *Historical Atlas of Canada*, vol. II, *The Land Transformed: 1800-1891* (1993), at plate 35; Prov. Ct. reasons, at para. 303. The Métis communities outside the Colony included Lac-la-Biche, Peace River, Saint-Albert and Slave Lake, which were well-established and dynamic (Prov. Ct. reasons, at para. 303). The Métis who settled in these outlying areas maintained strong family ties to the settlement in Red River and travelled frequently to the Colony. In fact, there was extensive travel throughout the territories generally, as trading activities, along with the bison hunt, were mainstays of the economy. The Métis often wintered in different locations across the territories (Prov. Ct. reasons, at para. 305).

[211] The Métis community extended throughout the annexed territories. At the time, they had a highly mobile way of life and extensive family networks (Prov. Ct. reasons, at paras. 303-5). They relied on these relationships for their survival. An interpretation of the *1867 Address* that suggests the Métis consented to safeguarding legislative bilingualism in only a small portion of the annexed territories ignores this reality and is implausible. Such consent would have amounted to their abandoning

se résumant à quelques [TRADUCTION] « avant-postes isolés [. . .] disséminés le long des cours d’eau peu fréquentés du Nord-Ouest, de la frontière internationale à l’océan Arctique et du lac Winnipeg aux Rocheuses » (L. H. Thomas, *The Struggle for Responsible Government in the North-West Territories : 1870-97* (2^e éd. 1978), p. 21, cité par le juge Wenden de la Cour provinciale, par. 171). Néanmoins, comme nous l’avons souligné, les pratiques bilingues du conseil et de la cour, dont l’application d’ordonnances et l’exercice du pouvoir judiciaire, s’étendent alors au-delà de la Colonie de la Rivière-Rouge.

[210] À l’époque des négociations, les Métis de la Colonie de la Rivière-Rouge sont au nombre de 9 000 environ. Celle des territoires situés à l’extérieur de la Colonie, si elle est moins nombreuse, est néanmoins non négligeable. Elle compte plus de 2 000 âmes (*Atlas historique du Canada*, t. II, *La transformation du territoire : 1800-1891* (1993), planche 35; motifs de la Cour provinciale, par. 303). Les collectivités des Métis situées à l’extérieur de la Colonie de la Rivière-Rouge incluent Lac-la-Biche, Rivière de la Paix, Saint-Albert et Lac des Esclaves, qui sont bien établies et dynamiques (motifs de la Cour provinciale, par. 303). Les Métis installés dans ces régions éloignées maintiennent des liens étroits avec leurs familles dans la Colonie de la Rivière-Rouge, où ils se rendent fréquemment. En fait, on se déplace en général énormément dans les territoires, car l’économie repose alors en grande partie sur la traite des fourrures et la chasse au bison. D’ailleurs, les Métis passent souvent l’hiver à différents endroits dans les territoires (motifs de la Cour provinciale, par. 305).

[211] La communauté métisse est présente partout dans les territoires annexés. À l’époque, le mode de vie des Métis est essentiellement nomade et ils possèdent des réseaux familiaux très étendus (motifs de la Cour provinciale, par. 303-305). Leur survie en dépend. Une interprétation de l’*Adresse de 1867* qui laisse entendre que les Métis auraient consenti à ce que le bilinguisme législatif ne soit conservé que dans une petite partie des territoires annexés faisant abstraction de cette réalité ne peut

the concerns of their kin who lived in the outlying regions.

[212] Aside from how unlikely it is that the Métis would have sought constitutional protection for rights in only one part of the territories, it is even less realistic to conclude that legislative bilingualism was the condition that would have been renounced. Legislative bilingualism was not a contentious demand, but it was one that the inhabitants' representatives consistently made. There is no evidence to support a proposition that Canada pressed for a concession in this regard. Moreover, statutory protection for such rights was well established in the territories. As the evidence with respect to the negotiations shows, linguistic rights were accepted as a *fait accompli* (Prov. Ct. reasons, at para. 487).

[213] The result of the negotiations was the addition of two new regions to the Dominion. That these new regions entered the Dominion pursuant to different instruments is no reason to ignore the singular context of the negotiations. The creation of the Province of Manitoba and the explicit protection of minority language rights in that province cannot lead to an inference that no such rights existed in the North-Western Territory. As we will explain below, such an interpretation is inconsistent with fundamental principles of constitutional interpretation. Moreover, there is no evidence that the delegates simply capitulated and renounced their conditions as regards the extensive territory beyond the Red River Colony. As the above discussion shows, the annexation was achieved not by conquest, but by negotiation.

[214] We therefore disagree with the contention that the end result of the negotiations regarding legislative bilingualism was the enactment of the *Manitoba Act, 1870* alone. This contention rests on the contrast between the *Manitoba Act, 1870* and the *1870 Order* and, in particular, on the fact that the latter contained no express reference to legislative

tenir, car cela devrait prendre pour acquis qu'ils avaient abandonné leurs parents dans les régions éloignées.

[212] Mis à part le fait qu'il est fort improbable que les Métis n'aient sollicité une protection constitutionnelle que pour une seule partie des territoires, il est encore moins réaliste de conclure que c'est sur la condition relative au bilinguisme législatif qu'ils auraient cédé. Certes, cette revendication n'était pas litigieuse, mais les représentants des habitants l'ont constamment réitérée. Rien ne permet de conclure que le Canada ait fait des pressions pour obtenir des concessions à cet égard. De plus, la protection légale de ces droits était bien établie dans les territoires. Comme le démontre la preuve relative aux négociations, la revendication relative aux droits linguistiques était acceptée. Il s'agissait d'un fait accompli (motifs de la Cour provinciale, par. 487).

[213] Les négociations se sont soldées par l'ajout au Dominion de deux nouvelles régions. Et ce n'est pas parce que celles-ci sont entrées dans le Dominion par le jeu d'instruments différents qu'il faille faire abstraction du fait que le contexte des négociations était le même dans les deux cas. On ne peut inférer de la création du Manitoba et de la protection explicite des droits linguistiques de la minorité qui a alors été prévue pour cette province, que de tels droits n'existaient pas dans le Territoire du Nord-Ouest. Comme nous le verrons, une telle interprétation va à l'encontre des principes fondamentaux d'interprétation constitutionnelle. De plus, il n'y a aucune preuve permettant de conclure que les délégués avaient simplement capitulé et renoncé à leurs conditions à l'égard du vaste territoire qui s'étendait au-delà de la Colonie de la Rivière-Rouge. Comme on l'a vu, l'annexion s'est faite, non par conquête, mais par négociation.

[214] En conséquence, nous ne pouvons accepter la prétention selon laquelle les négociations au sujet du bilinguisme législatif ont abouti seulement à la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. Cette prétention repose sur le contraste entre cette loi et le *Décret de 1870* et, en particulier, sur l'absence de renvoi exprès au bilinguisme législatif dans le deuxième

bilingualism. In our view, this contrast is a “red herring” and is of no help in this case. First, these two instruments are not really comparable, as they did not come from the same legislative authorities — the *Manitoba Act, 1870* was passed by the Canadian Parliament, while the *1870 Order* was issued by Imperial authorities. Second, the *1870 Order* contained an explicit promise to respect the “legal rights” of the inhabitants set out in the *1867 Address*. As we mentioned above and will explain in detail below, this promise encompassed the protection of legislative bilingualism. Third, the *Manitoba Act, 1870* not only dealt with matters arising in the new province, but was also intended to “make provision for the Civil Government of the remaining part of the said Territories, not included within the limits of the Province”: preamble. Therefore, a proper understanding of the safeguards for legislative bilingualism set out in the *Manitoba Act, 1870* is that they effectively extended to the newly created territories. Finally, the annexed territories fell under federal authority. It was therefore guaranteed pursuant to s. 133 of the *Constitution Act, 1867* that federal Acts applicable to the territories would be printed and published in both languages as a consequence of their being Acts of the Parliament of Canada.

[215] In sum, after the annexation, there were two Canadian legislatures that were competent to pass laws in the annexed territories — the new Manitoba legislature and the Parliament of Canada. Both were under a constitutional obligation to publish laws in English and French. This raises the question of what additional obligations the *1870 Order* might have imposed. When a legislative body was eventually created for the North-West Territories in 1875 without an explicit guarantee of legislative bilingualism, Senator Girard, who was a representative of the territories, promptly introduced the amendment discussed above to rectify that oversight on the ground that Francophones in the territories had as much right to legislative bilingualism as those in Quebec and Manitoba.

document. À notre avis, l’argument fait diversion et n’est d’aucune utilité en l’espèce. Premièrement, il est difficile de comparer ces deux instruments puisqu’ils ne proviennent pas des mêmes organes législatifs. En effet, la *Loi de 1870 sur le Manitoba* fut adoptée par le Parlement canadien, et le *Décret de 1870*, par le gouvernement impérial. Deuxièmement, le *Décret de 1870* contient une promesse explicite quant au respect des « droits acquis » de la population, énoncée dans l’*Adresse de 1867*. Comme nous l’avons déjà mentionné et comme nous l’expliquons en détail plus loin, cette promesse portait sur la protection du bilinguisme législatif. Troisièmement, la *Loi de 1870 sur le Manitoba* ne visait pas uniquement les questions touchant la nouvelle province, mais prévoyait aussi que « des dispositions pour le gouvernement civil de la partie restante de ces territoires qui ne sera pas comprise dans les limites de la province » seraient prises (préambule). En conséquence, une interprétation juste des garanties quant au bilinguisme législatif prévues dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba* est que ces garanties s’étendaient également dans les faits aux territoires nouvellement créés. Enfin, les territoires annexés relèveraient de l’autorité fédérale. En conséquence, l’art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* garantissait que les lois fédérales applicables aux territoires seraient imprimées et publiées dans les deux langues, s’agissant de lois du Parlement du Canada.

[215] Bref, après l’annexion, deux assemblées législatives canadiennes avaient compétence pour adopter des lois dans les territoires annexés : la nouvelle législature du Manitoba et le Parlement du Canada. Toutes deux avaient l’obligation constitutionnelle de publier leurs lois en anglais et en français. La question se pose alors : quelles autres obligations le *Décret de 1870* pouvait-il avoir imposées? Lorsqu’un organe législatif est finalement créé pour les Territoires du Nord-Ouest en 1875 sans garantie expresse de bilinguisme législatif, le sénateur Girard, un représentant des territoires, s’empressera de présenter la modification mentionnée précédemment pour rectifier cet oubli, au motif que les francophones des territoires ont autant droit au bilinguisme législatif que ceux du Québec et du Manitoba.

C. *Application of the Principles of Constitutional Interpretation to the 1867 Address*

[216] As we mentioned above, there are three principles of constitutional interpretation that must guide our interpretation of the promise made in the *1867 Address* to respect the inhabitants' "legal rights". These principles are that the Constitution must be interpreted contextually, that its provisions must be given a broad and purposive reading, and that its nature — as an expression of the will of the people governed by it — is relevant.

[217] Any interpretation of the Constitution must clearly be rooted in the words of the provision in question. However, as this Court cautioned in the closely related case of *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721,

[t]his Court cannot take a narrow and literal approach to constitutional interpretation. The jurisprudence of the Court evidences a willingness to supplement textual analysis with historical, contextual and purposive interpretation in order to ascertain the intent of the makers of our Constitution. [p. 751]

[218] Constitutional provisions must therefore be "interpreted in a broad and purposive manner and understood in their proper linguistic, philosophic and historical context": *Reference re Supreme Court Act*, at para. 19; *Manitoba Metis Federation* (S.C.C.), at para. 75. Moreover, the Constitution is a product of political agreements and historic compromises: *Secession Reference*, at paras. 35-41; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1992] 1 S.C.R. 212, at p. 222; *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609, at para. 29; *Reference re Supreme Court Act*, at para. 48. In the instant case, it is essential to fully understand the context of the *1867 Address* in order to interpret its words in a purposive and historically accurate manner. The purpose of the *1870 Order* was to establish Canadian sovereignty over the territories in accordance with the terms and conditions set out in the addresses. The inhabitants were thereby brought into the Canadian constitutional order following extensive negotiations and, ultimately, an agreement between their representatives and the Government of Canada. The

C. *Application des principes d'interprétation constitutionnelle à l'Adresse de 1867*

[216] Comme nous l'avons mentionné, trois principes d'interprétation constitutionnelle doivent guider notre interprétation de la promesse qui figure dans l'*Adresse de 1867*, à savoir respecter les « droits acquis » des habitants. Suivant ces principes, la Constitution doit recevoir une interprétation contextuelle, ses dispositions, une interprétation générale et téléologique, et sa nature — comme l'expression de la volonté du peuple qu'elle régit — est pertinente.

[217] Toute interprétation de la Constitution doit manifestement être fondée sur le texte de la disposition en litige. Or, comme notre Cour l'indique dans une affaire connexe, le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721,

[c]ette Cour ne peut interpréter la Constitution de façon étroite et littérale. La jurisprudence de la Cour démontre sa volonté de compléter l'analyse textuelle par une interprétation de l'historique, du contexte et de l'objet de notre Constitution dans le but de déterminer l'intention de ses auteurs. [p. 751]

[218] Les dispositions constitutionnelles doivent donc être « interprété[s] généreusement en fonction de leur objet et examiné[s] dans leurs contextes linguistique, philosophique et historique » (*Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, par. 19; *Manitoba Metis Federation* (C.S.C.), par. 75). En outre, la Constitution est le fruit d'ententes politiques et de compromis historiques (*Renvoi relatif à la sécession*, par. 35-41; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1992] 1 R.C.S. 212, p. 222; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609, par. 29; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, par. 48). En l'espèce, il est essentiel de comprendre pleinement le contexte dans lequel l'*Adresse de 1867* a été prononcée afin d'interpréter son texte d'une manière téléologique et exacte sur le plan historique. L'objet du *Décret de 1870* consistait à établir la souveraineté du Canada sur les territoires, aux termes et conditions énoncés dans les adresses. La population est ainsi entrée dans le giron constitutionnel canadien, après de longues négociations qui se sont soldées par une entente entre ses représentants et le gouvernement du Canada. On

perspective of the inhabitants cannot be ignored in interpreting the words of the *1867 Address*. As this Court has repeatedly stressed, “[t]he Constitution of a country is a statement of the will of the people to be governed in accordance with certain principles held as fundamental and certain prescriptions restrictive of the powers of the legislature and government”: *Secession Reference*, at para. 85 (emphasis added), quoting *Reference re Manitoba Language Rights* (1985), at p. 745. Where one of the parties at the constitutional negotiating table submits to Crown sovereignty in exchange for constitutional guarantees, due weight must be given to the perspective of the people that party represents.

[219] If properly interpreted in accordance with the above principles, the *1867 Address* contains a promise of legislative bilingualism throughout the territories that were annexed in 1870. The historical context supports this conclusion. The inhabitants of the territories had secured a right to legislative bilingualism before the annexation. In the negotiations leading up to the annexation, the inhabitants demanded a guarantee of that right as a condition of their entry into the Confederation, and this demand met no resistance. Indeed, they were assured that legislative bilingualism would unquestionably be provided for, and there is no indication that Canadian representatives ever qualified their acceptance of this demand or raised the slightest objection to it in the course of the negotiations. Moreover, other documents, such as the *Royal Proclamation* of 1869, support the view that the inhabitants were promised a guarantee of legislative bilingualism upon the annexation of the territories. Given a broad and purposive reading, the language of the *1867 Address* supports such a guarantee. Finally, in assessing the historical context of the promise contained in the *1867 Address*, due weight must be given to the perspective of the people who, through their representatives, concluded a historic compromise that resulted in the peaceful entry of their territories into Canada. As the historical record discussed above demonstrates, they had every reason to believe that they had secured the right to

ne saurait faire fi de la perspective de la population dans l’interprétation du libellé de l’*Adresse de 1867*. Comme la Cour l’a dit à plusieurs reprises, « [l]a Constitution d’un pays est l’expression de la volonté du peuple d’être gouverné conformément à certains principes considérés comme fondamentaux et à certaines prescriptions qui restreignent les pouvoirs du corps législatif et du gouvernement » (*Renvoi relatif à la sécession*, par. 85 (nous soulignons), citant le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* (1985), p. 745). Lorsque l’une des parties à la table de négociations constitutionnelles se soumet à la souveraineté de la Couronne en échange de garanties constitutionnelles, il convient d’accorder le poids requis au point de vue du peuple que cette partie représente.

[219] Interprétée de façon juste et conformément aux principes mentionnés précédemment, l’*Adresse de 1867* contient une promesse de bilinguisme législatif applicable dans l’ensemble des territoires annexés en 1870. Le contexte historique appuie cette conclusion. La population des territoires avait obtenu le droit au bilinguisme législatif avant l’annexion. Au cours des négociations ayant mené à cette dernière, la population avait demandé, comme condition de l’admission de sa contrée dans la Confédération, que ce droit lui soit garanti, et cette réclamation n’a fait l’objet d’aucune résistance. D’ailleurs, la population avait reçu l’assurance que le bilinguisme législatif serait indubitablement accordé, et rien n’indique que les représentants canadiens aient imposé quelque condition ou formulé la moindre objection à cette condition au cours des négociations. En outre, des documents comme la *Proclamation royale* de 1869 permettent de croire que la population s’était vu garantir le bilinguisme législatif au moment de l’annexion. Suivant une interprétation généreuse et téléologique, le libellé de l’*Adresse de 1867* permet de conclure à l’existence d’une garantie de bilinguisme législatif. Enfin, si l’on examine le contexte historique entourant la promesse contenue à l’*Adresse de 1867*, il convient d’accorder le poids requis au point de vue de la population qui, par le truchement de ses représentants, a conclu un compromis historique ayant permis l’entrée pacifique des territoires dans le giron

legislative bilingualism as a condition for their entry into the union.

[220] Applying the relevant principles of constitutional interpretation to the *1867 Address*, we have no difficulty concluding that it enshrined a constitutional guarantee of legislative bilingualism that applied throughout the territories annexed in 1870. We will now discuss the three applicable principles in turn.

(1) Interpreting the Constitutional Promise to Protect “Legal Rights” in Light of the Historical Context

[221] The extensive historical discussion set out above provides the basis for a contextual interpretation. We emphasize here that the annexation came about following extensive negotiations in which the inhabitants’ representatives unwaveringly stressed the importance of legislative bilingualism. Our interpretation is also aided by documents from that period, including the French versions of the *1867 Address* and the *Royal Proclamation* of 1869.

(a) *Historic Compromise*

[222] The Constitution of Canada was formed through a series of compromises made in the context of negotiations. In *Reference re Supreme Court Act*, this Court held that it was necessary to interpret the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, in light of the historic compromise that had led to the creation of the Supreme Court of Canada. In our view, a similar exercise must guide the analysis in the case at bar. The context of the negotiations makes clear that the annexation was achieved by way of a compromise between the Canadian government and the territories’ inhabitants. This historic compromise shapes the interpretation of the *1867 Address*.

[223] As we have seen, in the period leading up to the annexation, the Canadian government was motivated to negotiate. The correspondence between Governor General Young and Earl Granville

canadien. Comme la revue du dossier historique le révèle, la population avait toutes les raisons de croire qu’elle avait obtenu le droit au bilinguisme législatif comme condition préalable à l’entrée de sa contrée dans l’union.

[220] En appliquant à l’*Adresse de 1867* les principes d’interprétation constitutionnelle pertinents, nous concluons qu’elle consacre une garantie constitutionnelle de bilinguisme législatif applicable dans l’ensemble des territoires annexés en 1870. Dans la prochaine section, nous analyserons l’un après l’autre ces trois principes.

(1) Interprétation de la promesse constitutionnelle en matière de protection des « droits acquis » à la lumière du contexte historique

[221] L’analyse historique qui précède étaye l’interprétation contextuelle. Nous insistons ici sur le fait que l’annexion fut le résultat de longues négociations au cours desquelles les représentants de la population ont constamment insisté sur l’importance du bilinguisme législatif. Notre interprétation est également appuyée par certains documents datant de l’époque, comme la version française de l’*Adresse de 1867* et la *Proclamation royale* de 1869.

a) *Le compromis historique*

[222] La Constitution du Canada résulte d’une série de compromis obtenus dans le cadre de négociations. Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, notre Cour a reconnu la nécessité d’interpréter la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, à la lumière du compromis historique ayant mené à la création de la Cour suprême du Canada. Nous sommes d’avis qu’un exercice similaire doit guider notre analyse en l’espèce. Le contexte des négociations indique clairement que l’annexion fut le résultat d’un compromis entre le gouvernement canadien et la population des territoires. Ce compromis historique doit sous-tendre l’interprétation de l’*Adresse de 1867*.

[223] Comme nous l’avons vu, avant l’annexion, le gouvernement canadien était motivé à négocier. Il ressort de la correspondance entre le gouverneur général Young et le comte de Granville que le

indicates that Canada was unwilling to proceed with the annexation in other than peaceful circumstances. Prime Minister Macdonald also made his hesitation to annex the territories known to the British government, suggesting that matters remain as they were until quiet was restored. Despite the Canadian government's reluctance, the British government pushed for annexation, requiring that Canadian officials make every effort to "conciliate the good-will" of the inhabitants and that they grant them reasonable terms.

[224] For their part, the inhabitants' representatives consistently demanded protection for the linguistic rights that the inhabitants had come to enjoy in the territories, including legislative bilingualism. This demand was never contested, and was dealt with in such a way that it seemed to be taken for granted that it would be provided for. Canadian officials assured the inhabitants' representatives that "its propriety is so very evident, that it will unquestionably be provided for": *The New Nation*, February 11, 1870, at p. 4; Aunger testimony, at para. 20.

[225] The commitments made in the *1870 Order* are not the only relevant promises that were made. The object of the *1870 Order* was to ensure that the annexation of the territories would be carried out in a manner that was both peaceful and consistent with the agreements between Canada, the HBC and the inhabitants. The Canadian government made numerous promises over the course of the negotiations with regard to continuity and to respect for existing rights. It is only by taking into consideration the entirety of the promises made in it that the *1867 Address* can be properly understood.

(b) *French Version of the 1867 Address*

[226] As we mentioned above, the Parliament of Canada delivered the *1867 Address* in both languages. In the initial French version, the equivalent of the expression "legal rights" was "*droits acquis*". This initial translation is significant because it provides insight into the drafters' intent. The French

Canada n'était disposé à procéder à l'annexion que si celle-ci pouvait être réalisée de façon pacifique. Le premier ministre Macdonald avait d'ailleurs fait part de ses hésitations au gouvernement britannique quant à l'annexion des territoires et suggéré de ne rien tenter tant que le calme ne serait pas revenu. Toutefois, malgré la réticence du gouvernement canadien, le gouvernement britannique a fait pression pour qu'il y ait annexion, demandant que les hauts fonctionnaires canadiens fassent tout ce qui était en leur pouvoir pour « se concilier le bon vouloir » de la population et lui accorder des conditions raisonnables.

[224] Pour leur part, les représentants de la population ont constamment revendiqué la protection des droits linguistiques dont la population jouissait déjà dans les territoires, notamment le bilinguisme législatif. Cette demande n'a jamais été contestée et a été traitée comme si on y avait déjà accédé. Elle était tellement évidente aux yeux des hauts fonctionnaires canadiens que ces derniers ont assuré aux représentants de la population que [TRADUCTION] « sa légitimité [était] tellement évidente qu'il ne fai[sait] aucun doute qu'on y répondr[ait] favorablement » (*The New Nation*, 11 février 1870, p. 4; témoignage de M. Aunger, par. 20).

[225] Les engagements pris dans le *Décret de 1870* ne sont pas les seules promesses pertinentes à avoir été formulées. L'objet du *Décret de 1870* était d'assurer l'annexion pacifique des territoires d'une manière conforme aux ententes conclues entre le Canada, la Compagnie de la Baie d'Hudson et la population. Le gouvernement canadien a fait de nombreuses promesses au cours des négociations en ce qui a trait à la continuité et au respect des droits existants. Ce n'est qu'en considérant l'ensemble des promesses qu'elle représente que l'on peut interpréter correctement l'*Adresse de 1867*.

(b) *La version française de l'Adresse de 1867*

[226] Comme nous l'avons vu, le Parlement du Canada a prononcé l'*Adresse de 1867* dans les deux langues. Dans la version française initiale, l'équivalent de l'expression « *legal rights* » était « *droits acquis* ». Cette traduction initiale est importante, car elle est révélatrice de l'intention des rédacteurs. Le

term “*droit acquis*” is more naturally translated into English as “vested right”. Such a right can be defined as one based on [TRANSLATION] “very strong expectations the fulfilment of which citizens had just cause to count on”: P.-B. Mignault, *Le droit civil canadien*, t. I (1895), at p. 69. This description of the rights that were to be respected and protected by Canada upon the transfer of the region is apt given the historical context. Canada was making a commitment in relation to the annexation of the territories. The meaning of the term “legal rights” is therefore anchored in the context of the transfer — it refers to the “vested rights” of the inhabitants. As we have seen, legislative bilingualism was one of these vested rights. It was statutorily guaranteed by virtue of the 1845 ordinance, and was also well established in the practices of the Assiniboia Council.

(c) *Royal Proclamation of 1869*

[227] The *Royal Proclamation* of 1869 provides another interpretive aid. It assured the territories’ inhabitants that “all your civil and religious rights and privileges will be respected”. This guarantee is, on its face, broad enough to include linguistic rights. As we explained above, before the annexation, the inhabitants’ representatives had repeatedly, and successfully, insisted on the inhabitants’ rights to legislative and judicial bilingualism throughout the territories. On the basis of a liberal and generous interpretation — or even a plain reading — of the promises set out in the *Proclamation*, we find that it contained a guarantee of legislative bilingualism.

[228] Alberta argues that at the time in question, the expression “civil rights” was generally understood to refer only to legal rights between individuals, as opposed to public law rights, because that was the meaning assigned to the expression “property and civil rights” in certain contemporaneous documents (Caron, R.F., at paras. 84-85). Even if this is true of the conjunction of “property and civil rights”, the same logic clearly cannot be applied to the combination of “civil and religious” rights. Religious, or denominational, rights are not private law rights governing relationships between individuals, as is clear from the fact that they are

terme « droit acquis », plus naturellement traduit en anglais par « *vested right* », est défini comme un droit fondé sur des « attentes très fortes, sur la réalisation desquelles les citoyens avaient eu un juste sujet de compter » (P.-B. Mignault, *Le droit civil canadien*, t. I (1895), p. 69). Voilà qui décrit bien ces droits — que le Canada allait respecter et protéger après le transfert de la région — vu le contexte historique. Le Canada prenait un engagement en vue de l’annexion des territoires. La signification de l’expression anglaise « *legal rights* » est par conséquent ancrée dans le contexte de ce transfert — il s’agit des « droits acquis » de la population. Comme nous l’avons vu, au nombre de ces « droits acquis » figurait le bilinguisme législatif, qui était légalement garanti par l’ordonnance de 1845 et solidement ancré dans les pratiques du Conseil d’Assiniboine.

c) *La Proclamation royale de 1869*

[227] *La Proclamation royale* de 1869 constitue un autre outil d’interprétation. Elle assure aux habitants des territoires que « tous vos droits et privilèges civils et religieux seront respectés ». Une telle garantie est a priori assez large pour inclure les droits linguistiques. Comme nous l’avons vu, avant l’annexion, les représentants de la population avaient insisté à plusieurs reprises sur les droits de la population au bilinguisme législatif et judiciaire dans les territoires et les avaient obtenus. Adoptant une approche libérale et généreuse à l’égard des promesses que renferme la *Proclamation* ou à leur simple lecture, nous concluons qu’elle contient une garantie de bilinguisme législatif.

[228] L’Alberta soutient qu’à l’époque, le terme « droits civils » était généralement interprété comme étant les droits légaux applicables aux rapports entre particuliers, et non ceux issus du droit public, car c’était le sens qui était attribué à l’expression « propriété et droits civils » utilisée dans certains documents datant de cette époque (Caron, m.i., par. 84-85). Si c’est le cas du tandem « propriété et droits civils », ce ne peut l’être de celui des « droits civils et religieux ». Les droits religieux, ou confessionnels, ne constituent pas des droits privés régissant les rapports entre particuliers, comme le démontre par exemple le fait qu’ils sont traités à part

dealt with separately in the *Constitution Act, 1867*, s. 93, for instance. Religious rights are similar in nature to linguistic rights insofar as they encompass rights related to the identity of a group. This Court has found that language, like religion, is of considerable cultural importance and is “not merely a means or medium of expression; it colours the content and meaning of expression”: *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at p. 748. Moreover, property rights were set apart from civil rights in the *Proclamation*, which also ensured that the inhabitants’ property rights would be protected.

[229] In providing for the protection of religious rights, the British government recognized the cultural needs of the Métis. Moreover, the *Proclamation* came on the heels of the granting of religious and linguistic protections to minorities in the context of the Confederation. There is no evidence that would support an interpretation of the guarantee that excludes language rights.

[230] The *Proclamation*, read in light of its historical, philosophical and linguistic context, guaranteed the inhabitants the linguistic rights they then held, which included legislative bilingualism throughout the territories. Neither the Government of Canada nor the Imperial Parliament ever disavowed the *Proclamation* or indicated that the Governor General had exceeded his mandate in issuing it. Quite the contrary, as the historical evidence discussed above illustrates, Canada accepted that the *Proclamation* had helped set the stage for detailed negotiations with the territorial representatives. The *Proclamation* is thus particularly relevant for the purpose of interpreting the promise set out in the *1867 Address* to respect the inhabitants’ “legal rights”.

(2) Broad and Liberal Interpretation of “Legal Rights”

[231] The fact that legislative bilingualism was explicitly provided for elsewhere in the Constitution does not support a narrow construction of the constitutional promise to protect “legal rights”. This Court has embraced a generous and liberal

à l’art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les droits religieux sont de nature similaire aux droits linguistiques dans la mesure où ils comprennent des droits qui se rapportent à l’identité d’un groupe. Notre Cour a reconnu que la langue, à l’instar de la religion, a une importance culturelle considérable et « n’est pas seulement un moyen ou un mode d’expression. [Elle] colore le contenu et le sens de l’expression » (*Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 748). Qui plus est, la *Proclamation* assurait à la population le respect de leurs droits de propriété, même si cette protection était énoncée séparément des droits civils.

[229] En protégeant les droits religieux, le gouvernement britannique reconnaissait les besoins culturels des Métis. De plus, la *Proclamation* s’inscrivait dans la foulée des protections religieuses et linguistiques conférées aux minorités dans le cadre de la Confédération. Rien ne permet de conclure que la garantie n’inclurait pas les droits linguistiques.

[230] Interprétée à la lumière de son contexte historique, philosophique et linguistique, la *Proclamation* garantit à la population les droits linguistiques dont ils jouissaient déjà, incluant le bilinguisme législatif dans l’ensemble des territoires. Ni le gouvernement du Canada ni le Parlement impérial n’ont jamais désavoué la *Proclamation* ou indiqué que le gouverneur général outrepassait son mandat quand il l’a délivrée. Au contraire, comme le révèle la preuve présentée dans ce dossier, le Canada a reconnu que la *Proclamation* a facilité les négociations exhaustives avec les représentants territoriaux. Ce document a donc une pertinence particulière lorsqu’il s’agit d’interpréter la promesse dans l’*Adresse de 1867* quant au respect des « droits acquis » de la population.

(2) Une interprétation large et libérale des « droits acquis »

[231] Le fait que la Constitution prévoit expressément le bilinguisme législatif dans une autre disposition ne permet pas d’interpréter de façon étroite la promesse constitutionnelle quant à la protection des « droits acquis ». Notre Cour a maintes fois reconnu

interpretation of the Constitution, as opposed to a narrow and legalistic one: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 155-56; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344. As we explained above, our colleagues, together with the respondent and the Attorney General of Canada, point to s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* and s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, which expressly guarantee legislative bilingualism, and assert that because there was no analogous explicit written protection in the *1870 Order* or the *1867 Address*, no constitutional obligation exists in Alberta. With respect, a just interpretation of “legal rights” must take the context of the negotiations set out above into account and must be compatible with the broad and generous approach to constitutional interpretation that this Court has repeatedly taken.

[232] We should add that such an interpretation will be true to the liberal approach to interpretation that this Court has taken in the specific context of language rights. The Court has held that language rights must be interpreted purposively, and in a manner consistent with the preservation and development of such rights: *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, at para. 25.

[233] Moreover, the fact that the framers did not explicitly mention legislative bilingualism is not an obstacle to a generous interpretation of the Constitution. Leading up to the annexation, the British government did not ask for an additional address after being informed by the Governor General that the territorial “delegates considered the terms accorded to them such as would satisfy the people and ensure peace” (*Correspondence*, at p. 133, cited in Aunger testimony, at para. 22). As the evidence canvassed above clearly demonstrates, legislative bilingualism was a preemptory condition. Therefore, the guarantees being demanded, which the Canadian government forwarded to the British, necessarily included an implicit assurance that rights such as legislative bilingualism would be protected.

l’importance d’une interprétation généreuse et libérale de la Constitution, par rapport à une interprétation étroite et formaliste (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 155-156; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344). Nos collègues, de même que l’intimée et le procureur général du Canada, renvoient à l’art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et à l’art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui garantissent expressément le bilinguisme législatif, et font valoir qu’en l’absence d’une protection écrite expresse analogue dans le *Décret de 1870* ou l’*Adresse de 1867*, aucune obligation constitutionnelle n’existe en Alberta. Avec respect, nous ne sommes pas d’accord. Une interprétation juste des mots « droits acquis » doit tenir compte du contexte des négociations, expliqué précédemment, et doit être compatible avec l’approche large et généreuse en matière d’interprétation constitutionnelle adoptée par la Cour à maintes reprises.

[232] En outre, une telle interprétation respecte le principe d’interprétation libérale expressément préconisé par notre Cour en matière de droits linguistiques. En effet, la Cour a jugé que les droits linguistiques doivent être interprétés à la lumière de leur objet et d’une façon qui soit compatible avec le maintien et l’épanouissement de ces droits (*R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, par. 25).

[233] Qui plus est, le fait que les rédacteurs n’ont pas mentionné expressément le bilinguisme législatif ne fait pas obstacle à une interprétation généreuse de la Constitution. Avant l’annexion, après avoir été informé par le gouverneur général que les [TRADUCTION] « délégués [territoriaux] considéraient que les conditions qui leur avaient été consenties seraient de nature à satisfaire le peuple et à assurer la paix », le gouvernement britannique n’a pas demandé une autre adresse (*Correspondence*, p. 133, cité dans le témoignage de M. Aunger, par. 22). Comme la preuve examinée précédemment le démontre clairement, le bilinguisme législatif constituait une condition péremptoire. En conséquence, les garanties réclamées, transmises par le gouvernement canadien au gouvernement britannique, incluaient nécessairement l’assurance implicite que des droits comme le bilinguisme législatif seraient protégés.

[234] A broad interpretation of “legal rights” is also consistent with the legislative intent of the drafters of the *1867 Address* in the lead-up to its being entrenched in the Constitution. In the debate leading up to the *1867 Address*, parliamentarians attributed a large and expansive meaning to these rights. They tended to refer to them using language that was indefinite or comprehensive. There was no suggestion that the scope of the concept of “legal rights” was too narrow to include protection for legislative bilingualism: Aunger, “Pourvoir à ce que les droits acquis soient respectés”, at p. 66. Instead, the promise in the *1867 Address* was a forward-looking undertaking that was meant to be shaped by the subsequent negotiations.

(3) Constitutional Legitimacy: Importance of Legislative Bilingualism to the People Consenting to Crown Sovereignty

[235] The Constitution of Canada emerged from negotiations and compromises between the founding peoples, and continues to develop on the basis of similar negotiations and compromises. Such compromises are achieved when parties to the negotiations make concessions in pursuit of a mutual agreement and reach a meeting of the minds. Therefore, our reading of constitutional documents must be informed by the intentions and perspectives of all the parties, as revealed by the historical evidence. It is in this context that we will apply the third interpretive principle regarding the nature of a constitution as a statement of the will of the people.

[236] When engaging in constitutional interpretation, this Court has repeatedly emphasized the importance of the minority perspective in constitutional negotiations: see e.g. *Reference re Supreme Court Act*; *Secession Reference*, at paras. 79-82; *Reference re Authority of Parliament in relation to the Upper House*, [1980] 1 S.C.R. 54, at p. 71; and *Tsilhqot’in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257, at para. 34. Moreover, to understand the terms upon which minority peoples

[234] Une interprétation large des « droits acquis » est également conforme à l’intention du législateur à l’égard de l’*Adresse de 1867* avant son inscription dans la Constitution. Il ressort des débats qui ont précédé la rédaction de l’*Adresse de 1867* que les parlementaires y accordaient une portée très large. Quand ils renvoyaient à ces droits, ou ils n’en précisaient pas la nature ou ils les considéraient comme exhaustifs. Rien ne donnait à penser que la portée de ces droits était trop étroite pour permettre l’inclusion d’une protection à l’égard du bilinguisme législatif (Aunger, « Pourvoir à ce que les droits acquis soient respectés », p. 66). Au contraire, la promesse qui figure dans l’*Adresse de 1867* constituait un engagement pour l’avenir, qui serait raffiné au fil des négociations.

(3) Légitimité constitutionnelle : l’importance du bilinguisme législatif aux yeux du peuple qui a consenti à la souveraineté de la Couronne

[235] La Constitution du Canada est le résultat de négociations et de compromis entre les peuples fondateurs et c’est sur le fondement de négociations et de compromis semblables qu’elle continue de se développer. De tels compromis interviennent lorsque les parties aux négociations font des concessions mutuelles afin de parvenir à un accord de volontés. En conséquence, les intentions et les points de vue de toutes les parties à ces négociations, qui transpirent de l’histoire mise en preuve, doivent guider une interprétation juste des textes constitutionnels. C’est dans ce contexte que nous appliquerons le troisième principe d’interprétation, celui qui concerne la nature de la Constitution en tant qu’énoncé de la volonté d’un peuple.

[236] La Cour a réitéré l’importance, lorsqu’il s’agit d’interpréter la Constitution, de considérer la perspective de la minorité dans les négociations constitutionnelles (voir p. ex. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*; *Renvoi relatif à la sécession*, par. 79-82; *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54, p. 71; *Nation Tsilhqot’in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257, par. 34). En outre, dans l’interprétation des conditions auxquelles

joined the Confederation, we must be mindful that “[t]he consent of the governed is a value that is basic to our understanding of a free and democratic society”: *Secession Reference*, at para. 67. The story of our nation’s founding therefore cannot be understood without considering the perspective of the people who agreed to enter into Confederation. If only the Canadian government’s perspective is taken into account, the result is a truncated view of the concessions made in the negotiations.

[237] The perspective of the minority in the negotiations was considered in *Reference re Supreme Court Act*, in which the majority judges took note of the fact that in the negotiations leading up to Confederation, Quebec was reluctant to agree to the creation of a Supreme Court. They concluded on this basis that the provision at issue should be interpreted in a manner that gave weight to Quebec’s interests at the time of the negotiations and to the underlying historic compromise: para. 59. More specifically, the majority remarked that “[j]ust as the protection of minority language, religion and education rights were central considerations in the negotiations leading up to Confederation ([*Secession Reference*], at paras. 79-82), the protection of Quebec through a minimum number of Quebec judges was central to the creation of this Court”: *Reference re Supreme Court Act*, at para. 48.

[238] The annexation of the territories took place not long after Confederation, and it, too, resulted from negotiations between a dominant English-speaking party and a party with a strong interest in protecting the French language. Like the French-speaking minority in the negotiations that resulted in Confederation, the inhabitants sought to have the protection of their linguistic rights entrenched in the Constitution, and this was granted to them.

[239] It can be seen from the record that there was a widespread commitment to bilingualism throughout Rupert’s Land and the North-Western Territory in the period leading up to the annexation.

les peuples minoritaires ont accepté de se joindre à la Confédération, il faut se rappeler que « [l’]assentiment des gouvernés est une valeur fondamentale dans notre conception d’une société libre et démocratique » (*Renvoi relatif à la sécession*, par. 67). L’histoire de la fondation de notre nation ne peut donc se comprendre en ignorant la perspective du peuple qui a accepté d’entrer dans la Confédération. Tenir compte seulement de la perspective du gouvernement canadien tronque l’interprétation des concessions faites lors des négociations.

[237] L’importance de considérer la perspective de la minorité dans les négociations a été traitée dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*. Dans cette affaire, les juges majoritaires ont souligné le fait que, lors des négociations ayant mené à la Confédération, le Québec était réticent à accepter la création de la Cour suprême. En conséquence, les juges majoritaires ont conclu qu’il fallait interpréter la disposition en question de manière à accorder un poids suffisant aux intérêts du Québec à l’époque des négociations et du compromis historique sous-jacent (par. 59). Plus particulièrement, les juges majoritaires ont souligné que « [t]out comme la protection des droits linguistiques, religieux et scolaires de minorités constituait une considération majeure dans les négociations qui ont mené à la Confédération ([*Renvoi relatif à la sécession*], par. 79-82), la protection du Québec par un nombre minimum de juges du Québec constituait un enjeu majeur de la création de la Cour » (*Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, par. 48).

[238] L’annexion des territoires a été réalisée peu de temps après la Confédération et a découlé elle aussi de négociations entre une partie dominante d’expression anglaise et une partie ayant à cœur la protection du français. À l’instar de la minorité francophone dans les négociations qui ont abouti à la Confédération, la population a revendiqué, et obtenu, une protection constitutionnelle de ses droits linguistiques.

[239] La preuve révèle qu’il existait un engagement reconnu en matière de bilinguisme partout dans la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest au cours de la période ayant précédé l’annexion.

The 1845 council ordinance, the 1847 memoranda and the Sayer affair provide examples of how the territories' inhabitants consistently made demands for legislative and judicial bilingualism, which were consistently granted. Similar demands were included in the conditions for annexation, and were set out in all the lists of rights. These were peremptory conditions of the territorial delegation to Ottawa, and they met no resistance from the Canadian government.

[240] The promises extended to the territories' inhabitants in the *1870 Order*, by virtue of its incorporation of the *1867 Address*, resulted from a series of negotiations that led to the annexation of the territories. There was considerable opposition to the annexation among the inhabitants. This is evidenced not only by the Red River Rebellion, but also by the demands their representatives made of the Canadian government. The meaning given to the expression "legal rights" as used in the *1867 Address* must give due weight to the perspective of the inhabitants and to the interests they sought to protect. It is inconceivable that the inhabitants of what became the North-Western Territory would have accepted the transfer of the territories without a promise that their linguistic rights, which the historical context shows were extremely important to them, would be resolutely protected. Their unwavering demand for legislative bilingualism, coupled with the facts that the Canadian government did not object to this demand and that the annexation included the whole of the territories, dictates an interpretation of "legal rights" that recognizes this promise.

[241] The continuity that characterized the post-annexation situation also evidences the promises that were made and what the inhabitants understood. In the North-West Territories, legislative and judicial bilingualism initially prevailed through the joint system of administration under the *Manitoba Act, 1870*. These practices were subsequently codified by the Canadian government, without objection, in s. 110 of *The North-West Territories Act*.

L'ordonnance du conseil de 1845, les mémoires de 1847 et l'affaire Sayer illustrent la façon dont la population des territoires a constamment exigé le bilinguisme pour le fonctionnement des appareils législatif et judiciaire des territoires et l'a constamment obtenu. Des demandes semblables ont été posées comme conditions d'annexion et ont figuré dans les listes des droits. Il s'agissait de conditions péremptoires exigées par la délégation territoriale envoyée à Ottawa, et celles-ci n'ont fait l'objet d'aucune résistance du gouvernement canadien.

[240] Les promesses formulées à la population des territoires dans le *Décret de 1870*, par l'annexion de l'*Adresse de 1867*, provenaient d'une série de négociations qui ont mené à l'annexion des territoires. L'opposition à l'annexion au sein de la population était farouche, comme en font foi la Rébellion de la Rivière-Rouge et les revendications que ses représentants ont transmises au gouvernement canadien. L'interprétation du terme « droits acquis » figurant dans l'*Adresse de 1867* doit respecter la perspective de la population et des intérêts qu'elle cherchait à protéger. Il est inconcevable que la population de la région qui deviendra le Territoire du Nord-Ouest ait consenti au transfert des territoires sans obtenir la promesse que ses droits linguistiques — auxquels, selon la preuve, elle accordait une importance extrême — seraient résolument protégés. La revendication ferme et continue concernant le bilinguisme législatif, l'absence d'opposition du gouvernement canadien et le fait que l'annexion couvrait l'ensemble du territoire justifient une interprétation du terme « droits acquis » qui reconnaît l'existence de cette promesse.

[241] La continuité du bilinguisme au cours de la période suivant l'annexion témoigne aussi de la teneur des promesses formulées et de la conception qu'en avait la population. Dans les Territoires du Nord-Ouest, le système d'administration conjointe prévu par la *Loi de 1870 sur le Manitoba* fait d'abord régner le bilinguisme législatif et judiciaire. Ces pratiques sont par la suite consacrées par le gouvernement canadien, sans objection, à l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest*.

[242] For the reasons set out above, we find that the promise made in the *1867 Address* to respect the inhabitants’ “legal rights” encompasses a constitutional obligation to protect legislative bilingualism in the annexed territories, part of which would later become Alberta. That province therefore has a constitutional duty to enact, print and publish all its laws in French as well as in English.

[243] We pause here to note that bedlam will not ensue from this conclusion. Our colleagues caution that “[i]t has never been the case in our constitutional history” that such a right has been found to exist implicitly (para. 103), and that our reasons have “far-reaching” consequences (para. 102). But our conclusion does not contradict a voluminous body of jurisprudence. Rather, as can be seen from our discussion of the historical context, it is drawn from a unique set of historical facts. Moreover, the practical spillover into the jurisdictions our colleagues list would be quite limited — all but Saskatchewan already publish their laws in both French and English, and Saskatchewan has already gone some way toward doing so. Finally, we note that the question before us is fundamentally one of law, and not a political issue that can be left up to the government.

V. Conclusion

[244] We would allow the appeals and answer the constitutional questions as follows:

1. Is the *Languages Act*, R.S.A. 2000, c. L-6, *ultra vires* or inoperative insofar as it abrogates a constitutional duty owed by Alberta to enact, print and publish its laws and regulations in English and in French in accordance, *inter alia*, with the *Rupert’s Land and North-Western Territory Order* of June 23, 1870, R.S.C. 1985, App. II, No. 9?

Yes.

[242] Pour ces motifs, nous concluons que la promesse énoncée dans l’*Adresse de 1867* sur le respect des « droits acquis » de la population comprend l’obligation constitutionnelle de protéger le bilinguisme législatif dans les territoires annexés, dont une partie deviendra l’Alberta. En conséquence, cette dernière a l’obligation constitutionnelle d’édicter, d’imprimer et de publier toutes ses lois en français ainsi qu’en anglais.

[243] Cela dit, cette conclusion n’entraînera pas pour autant le chaos. Nos collègues soulignent qu’« [i]l n’est jamais arrivé dans l’histoire constitutionnelle » qu’on ait conclu à l’existence implicite d’un tel droit (par. 103). Ils s’inquiètent également des conséquences de notre interprétation, conséquences qu’ils estiment « d’une portée considérable » (par. 102). Or, notre conclusion s’inscrit dans une jurisprudence abondante et constante de notre Cour. Au contraire, comme notre analyse du contexte historique le démontre, notre conclusion découle d’un ensemble de faits historiques bien précis. En outre, les répercussions pratiques qui se feraient sentir dans les ressorts qu’énumèrent nos collègues sont en fait plutôt limitées — tous publient déjà leurs lois en français et en anglais, à l’exception de la Saskatchewan, qui par ailleurs a déjà pris des mesures en ce sens. Enfin, signalons que la question dont nous sommes saisis est, fondamentalement, une question de droit, et non une question politique qui peut être laissée au bon vouloir du gouvernement.

V. Conclusion

[244] Nous sommes d’avis d’accueillir les appels et de répondre ainsi aux questions constitutionnelles :

1. Est-ce que la *Loi linguistique*, R.S.A. 2000, c. L-6, est *ultra vires* ou sans effet dans la mesure où elle abroge une obligation constitutionnelle de l’Alberta d’édicter, d’imprimer et de publier ses lois et ses règlements en français et en anglais conformément, notamment, au *Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest*, le 23 juin 1870, L.R.C. 1985, app. II, n° 9?

Oui.

2. If the answer to question 1 is affirmative, are the *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, c. T-6, and any other laws and regulations that have not been enacted, printed and published by Alberta in English and French inoperative?

Yes.

Appeals dismissed with costs, ABELLA, WAGNER and CÔTÉ JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant Gilles Caron: Miller Thomson, Regina.

Solicitors for the appellant Pierre Boutet: University of Ottawa, Ottawa; Mintz Law, Edmonton; Power Law, Ottawa.

Solicitors for the respondent: McLennan Ross, Edmonton; Alberta Justice, Edmonton.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the interveners the Alberta Catholic School Trustees' Association, Conseil scolaire Centre-Nord No. 2 and Denis Lefebvre: Dentons Canada, Edmonton.

Solicitors for the intervener Association canadienne-française de l'Alberta: Power Law, Vancouver and Ottawa.

Solicitor for the intervener the Commissioner of Official Languages of Canada: Commissioner of Official Languages of Canada, Gatineau.

Solicitors for the intervener Assemblée communautaire fransaskoise: Miller Thomson, Regina.

Solicitor for the intervener Fédération des associations de juristes d'expression française de common law inc.: Nicolas M. Rouleau, Toronto.

2. En cas de réponse affirmative à la question 1, est-ce que la loi intitulée *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, c. T-6, ainsi que les autres lois et règlements qui n'ont pas été édictés, imprimés et publiés en français et en anglais par l'Alberta, sont inopérants?

Oui.

Pourvois rejetés avec dépens, les juges ABELLA, WAGNER et CÔTÉ sont dissidents.

Procureurs de l'appelant Gilles Caron : Miller Thomson, Regina.

Procureurs de l'appelant Pierre Boutet : Université d'Ottawa, Ottawa; Mintz Law, Edmonton; Juristes Power, Ottawa.

Procureurs de l'intimée : McLennan Ross, Edmonton; Alberta Justice, Edmonton.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureurs des intervenants Alberta Catholic School Trustees' Association, le Conseil scolaire Centre-Nord No. 2 et Denis Lefebvre : Dentons Canada, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne-française de l'Alberta : Juristes Power, Vancouver et Ottawa.

Procureur de l'intervenant le commissaire aux langues officielles du Canada : Commissaire aux langues officielles du Canada, Gatineau.

Procureurs de l'intervenante l'Assemblée communautaire fransaskoise : Miller Thomson, Regina.

Procureur de l'intervenante la Fédération des associations de juristes d'expression française de common law inc. : Nicolas M. Rouleau, 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@scs-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rs@scs-csc.ca



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 2015 Vol. 3

3^e cahier, 2015 Vol. 3

Cited as [2015] 3 S.C.R. 615-908

Renvoi [2015] 3 R.C.S. 615-908

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

Acting Chief Law Editor / Arrêviste en chef intérimaire
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

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

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

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

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques		
SUZANNE AUDET	CHLOE MAGEE	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.

CONTENTS

Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc. 615

Intellectual property — Copyright — Licences — Collective societies — SODRAC administering reproduction rights as collective society — Application by SODRAC to set terms and conditions of licence for reproduction by CBC of musical works in SODRAC's repertoire from 2008 to 2012 — CBC making ephemeral synchronization copies, including musical works, as producer and ephemeral broadcast incidental copies, including musical works, as broadcaster — Synchronization copies made during production subject to licence — Whether broadcast incidental copies engage reproduction right — If so, whether licence for broadcast incidental copies should be implied in synchronization licences — If reproduction licence required for broadcast incidental copies, whether Board erred in valuation of licence — Whether Board applied principles of technological neutrality and balance properly — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 3(1)(d).

Intellectual property — Copyright — Interim licences — Collective societies — Board decision setting terms and conditions of licence released after expiry of licence period — Board setting interim licence based on status quo — 2008-2012 licence selected as status quo — Whether Board erred in setting terms of interim licence — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 66.51.

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Copyright Board — Appropriate standard of review — Whether specific standard of review should be ascribed to each issue arising in decision under review.

B010 v. Canada (Citizenship and Immigration).... 704

Immigration — Inadmissibility and removal — Organized criminality — People smuggling — Migrants aided illegal entry of asylum-seekers to Canada in course of collective flight to safety — Migrants seeking refugee status in Canada but found inadmissible based on grounds of organized criminal people smuggling — What conduct makes a person inadmissible to apply for refugee status for having engaged in people smuggling? — Whether people

Continued on next page

SOMMAIRE

Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc. 615

Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Licences — Sociétés de gestion collective — SODRAC assurant la gestion des droits de reproduction en tant que société de gestion collective — Demande de la SODRAC de fixer pour les années 2008 à 2012 les modalités d'une licence de reproduction, par la SRC, d'œuvres musicales contenues dans le répertoire de la SODRAC — Copies de synchronisation éphémères, incluant des œuvres musicales, créées par la SRC en tant que producteur, et copies accessoires de diffusion éphémères, incluant des œuvres musicales, créées par la SRC en tant que diffuseur — Copies de synchronisation créées en cours de production assujetties à une licence — Les copies accessoires de diffusion mettent-elles en jeu le droit de reproduction? — Si oui, y a-t-il lieu d'inférer des licences de synchronisation l'existence de licences autorisant la confection de copies accessoires de diffusion? — Si une licence de reproduction est requise pour les copies accessoires de diffusion, la Commission a-t-elle commis une erreur en fixant la valeur de cette licence? — La Commission a-t-elle appliqué correctement les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 3(1)d).

Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Licences provisoires — Sociétés de gestion collective — Décision de la Commission fixant les modalités d'une licence rendue après l'expiration de la licence — Modalités de la licence provisoire fixées par la Commission en fonction du statu quo — Statu quo fondé sur la licence 2008-2012 — La Commission a-t-elle commis une erreur dans la formulation des modalités afférentes à la licence provisoire? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 66.51.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Commission du droit d'auteur — Norme de contrôle applicable — Une norme de contrôle donnée doit-elle être assignée à chaque question que soulève la décision faisant l'objet du contrôle?

B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)..... 704

Immigration — Interdiction de territoire et renvoi — Criminalité organisée — Passage de clandestins — Aide fournie par des migrants à des demandeurs d'asile pour entrer illégalement au Canada alors qu'ils tentaient collectivement d'y trouver refuge — Migrants revendiquant le statut de réfugié au Canada mais jugés interdits de territoire pour passage criminel organisé de clandestins — Quelle conduite empêche une personne de revendiquer le

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

smuggling engaged in, in context of transnational crime, confined to activities conducted, directly or indirectly, for financial or other material benefit — What limits may be inferred from provision rendering persons inadmissible on grounds of organized criminality? — What is effect of requirement that people smuggling be in context of transnational crime? — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 37(1)(b).

R. v. Appulonappa 754

Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Fundamental justice — Overbreadth — People smuggling — Migrants seeking refugee status in Canada charged with offence of organizing, inducing, aiding or abetting persons coming into Canada without valid documentation — Trial judge finding that offence provision overbroad and therefore unconstitutional because it criminalizes not only organized people smuggling, but helping close family members to come to Canada and humanitarian assistance to refugees — Whether offence provision infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — If no, what is appropriate remedy for constitutional infirmity — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 117.

Immigration — Offences — People smuggling — Migrants seeking refugee status in Canada charged with offence of organizing, inducing, aiding or abetting persons coming into Canada without valid documentation — Whether offence provision unconstitutional — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 117.

Canadian Imperial Bank of Commerce v. Green 801

Securities — Class actions — Limitation of actions — Statutory action for secondary market misrepresentation — Suspension of limitation period — Plaintiffs in three class proceedings claiming damages under common law tort of negligent misrepresentation and under statutory cause of action for secondary market misrepresentation in s. 138.3 of Securities Act — Leave required to commence

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

statut de réfugié pour s'être livrée au passage de clandestins? — Le fait de se livrer au passage de clandestins dans le cadre de la criminalité transnationale se limite-t-il aux activités menées afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel? — Quelles limites peuvent être inférées de la disposition qui a pour effet d'interdire de territoire une personne pour criminalité organisée? — Quel est l'effet de l'exigence que le passage de clandestins se fasse dans le cadre de la criminalité transnationale? — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27, art. 37(1)(b).

R. c. Appulonappa 754

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Portée excessive — Passage de clandestins — Migrants demandant l'asile au Canada accusés de l'infraction d'avoir organisé l'entrée au Canada de personnes non munies de documents valides ou d'avoir incité, aidé ou encouragé de telles personnes à entrer au Canada — Le juge du procès a conclu que la disposition créant l'infraction avait une portée excessive et était donc inconstitutionnelle parce qu'elle criminalisait non seulement le passage organisé de clandestins, mais également le fait d'aider un proche parent à entrer au Canada ainsi que le fait de fournir de l'aide humanitaire à des demandeurs d'asile — La disposition créant l'infraction viole-t-elle l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation peut-elle être justifiée au regard de l'article premier de la Charte? — Si elle ne peut l'être, quelle est la réparation convenable à l'égard de l'inconstitutionnalité? — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27, art. 117.

Immigration — Infractions — Passage de clandestins — Migrants demandant l'asile au Canada accusés de l'infraction d'avoir organisé l'entrée au Canada de personnes non munies de documents valides ou d'avoir incité, aidé ou encouragé de telles personnes à entrer au Canada — La disposition créant l'infraction est-elle inconstitutionnelle? — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27, art. 117.

Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Green 801

Valeurs mobilières — Recours collectifs — Prescription — Action prévue par la loi pour présentation inexacte des faits sur le marché secondaire — Suspension du délai de prescription — Dommages intérêts réclamés par les demandeurs dans trois recours collectifs pour délit de déclaration inexacte faite par négligence en common law et sur le fondement de la cause d'action pour présentation

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

statutory action under s. 138.8 of Securities Act — Limitation period for statutory action expiring prior to leave being granted — Whether s. 28 of Class Proceedings Act, 1992, operates to suspend limitation period applicable to statutory action before leave to commence statutory action is granted — Whether statutory action time barred — If yes, whether statutory action can be saved by order granting leave nunc pro tunc or doctrine of special circumstances — Whether threshold of reasonable possibility of success applies for leave to commence statutory action under s. 138.3 of Securities Act — Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6, s. 28 — Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5, ss. 138.3, 138.8, 138.14.

Civil procedure — Class actions — Preferable procedure — Plaintiffs in three class proceedings claiming damages under common law tort of negligent misrepresentation and under statutory cause of action for secondary market misrepresentation — Whether Court of Appeal erred in holding that five of seven common issues relating to common law misrepresentation claim should be certified.

SOMMAIRE (Fin)

inexacte des faits sur le marché secondaire en vertu de l'art. 138.3 de la Loi sur les valeurs mobilières — Autorisation requise par l'art. 138.8 de la Loi sur les valeurs mobilières pour intenter l'action prévue par la loi — Délai de prescription pour intenter l'action échu avant que l'autorisation ne soit accordée — L'article 28 de la Loi de 1992 sur les recours collectifs a-t-il pour effet de suspendre le délai de prescription applicable à l'action prévue par la loi avant que l'autorisation d'intenter celle-ci ne soit accordée? — L'action prévue par la loi est-elle prescrite? — Si oui, peut-elle être sauvegardée par une ordonnance accordant l'autorisation nunc pro tunc ou par la doctrine des circonstances particulières? — Le critère préliminaire de la possibilité raisonnable d'avoir gain de cause s'applique-t-il à la demande d'autorisation d'intenter une action en vertu de l'art. 138.3 de la Loi sur les valeurs mobilières? — Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, c. 6, art. 28 — Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O. 1990, c. S.5, art. 138.3, 138.8, 138.14.

Procédure civile — Recours collectifs — Procédure constituant le meilleur moyen — Dommages intérêts réclamés par les demandeurs dans trois recours collectifs pour délit de déclaration inexacte faite par négligence en common law et sur le fondement de la cause d'action pour présentation inexacte des faits sur le marché secondaire — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que cinq des sept questions communes relatives à une réclamation pour déclaration inexacte en common law devaient être autorisées?

Canadian Broadcasting Corporation
Appellant

v.

**SODRAC 2003 Inc. and
Society for Reproduction Rights of Authors,
Composers and Publishers in Canada
(SODRAC) Inc.** *Respondents*

and

**Centre for Intellectual Property Policy,
Ariel Katz, Samuelson-Glushko Canadian
Internet Policy and Public Interest Clinic,
Canadian Musical Reproduction
Rights Agency Ltd., Canadian Music
Publishers Association,
International Confederation of
Music Publishers, Music Canada,
International Federation of the
Phonographic Industry, Canadian Council
of Music Industry Associations,
Canadian Independent Music
Association and Association québécoise
de l'industrie du disque, du spectacle
et de la vidéo** *Interveners*

**INDEXED AS: CANADIAN BROADCASTING CORP. v.
SODRAC 2003 INC.**

2015 SCC 57

File No.: 35918.

2015: March 16; 2015: November 26.

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

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

*Intellectual property — Copyright — Licences — Col-
lective societies — SODRAC administering reproduction
rights as collective society — Application by SODRAC
to set terms and conditions of licence for reproduction
by CBC of musical works in SODRAC's repertoire from*

Société Radio-Canada *Appelante*

c.

**SODRAC 2003 Inc. et
Société du droit de reproduction des auteurs,
compositeurs et éditeurs au Canada
(SODRAC) Inc.** *Intimées*

et

**Centre des politiques en propriété intellectuelle,
Ariel Katz, Clinique d'intérêt public
et de politique d'internet du Canada
Samuelson-Glushko, Agence canadienne
des droits de reproduction musicaux ltée,
Association canadienne des éditeurs
de musique, Confédération internationale
des éditeurs de musique, Music Canada,
Fédération internationale de
l'industrie phonographique, Conseil canadien
des associations de l'industrie musicale,
Association canadienne de la musique
indépendante et Association québécoise
de l'industrie du disque, du spectacle
et de la vidéo** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : SOCIÉTÉ RADIO-CANADA c.
SODRAC 2003 INC.**

2015 CSC 57

N° du greffe : 35918.

2015 : 16 mars; 2015 : 26 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Licences
— Sociétés de gestion collective — SODRAC assurant la
gestion des droits de reproduction en tant que société de
gestion collective — Demande de la SODRAC de fixer
pour les années 2008 à 2012 les modalités d'une licence*

2008 to 2012 — CBC making ephemeral synchronization copies, including musical works, as producer and ephemeral broadcast-incidentals copies, including musical works, as broadcaster — Synchronization copies made during production subject to licence — Whether broadcast-incidentals copies engage reproduction right — If so, whether licence for broadcast-incidentals copies should be implied in synchronization licences — If reproduction licence required for broadcast-incidentals copies, whether Board erred in valuation of licence — Whether Board applied principles of technological neutrality and balance properly — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 3(1)(d).

Intellectual property — Copyright — Interim licences — Collective societies — Board decision setting terms and conditions of licence released after expiry of licence period — Board setting interim licence based on status quo — 2008-2012 licence selected as status quo — Whether Board erred in setting terms of interim licence — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 66.51.

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Copyright Board — Appropriate standard of review — Whether specific standard of review should be ascribed to each issue arising in decision under review.

CBC is both a producer and a broadcaster of television programs: it broadcasts its own original programs as well as those that it has licensed or bought from third parties, and it shows these programs on television and the Internet. SODRAC is a collective society organized to manage the reproduction rights of its members. When broadcasters, including CBC, produce a program, they make several kinds of copies. “Synchronization copies” incorporate musical works into an audiovisual program. A “master copy” is the final copy created when synchronization is complete. CBC loads the master copy into its digital content management system and makes several copies of the completed program, and thus of the music incorporated into the program, for internal use. Where these copies are made to facilitate broadcasting, they are called “broadcast-incidentals copies”.

de reproduction, par la SRC, d’œuvres musicales contenues dans le répertoire de la SODRAC — Copies de synchronisation éphémères, incluant des œuvres musicales, créées par la SRC en tant que producteur, et copies accessoires de diffusion éphémères, incluant des œuvres musicales, créées par la SRC en tant que diffuseur — Copies de synchronisation créées en cours de production assujetties à une licence — Les copies accessoires de diffusion mettent-elles en jeu le droit de reproduction? — Si oui, y a-t-il lieu d’inférer des licences de synchronisation l’existence de licences autorisant la confection de copies accessoires de diffusion? — Si une licence de reproduction est requise pour les copies accessoires de diffusion, la Commission a-t-elle commis une erreur en fixant la valeur de cette licence? — La Commission a-t-elle appliqué correctement les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre? — Loi sur le droit d’auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 3(1)d).

Propriété intellectuelle — Droit d’auteur — Licences provisoires — Sociétés de gestion collective — Décision de la Commission fixant les modalités d’une licence rendue après l’expiration de la licence — Modalités de la licence provisoire fixées par la Commission en fonction du statu quo — Statu quo fondé sur la licence 2008-2012 — La Commission a-t-elle commis une erreur dans la formulation des modalités afférentes à la licence provisoire? — Loi sur le droit d’auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 66.51.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Commission du droit d’auteur — Norme de contrôle applicable — Une norme de contrôle donnée doit-elle être assignée à chaque question que soulève la décision faisant l’objet du contrôle?

La SRC est à la fois un producteur et un diffuseur d’émissions de télévision : elle diffuse ses propres émissions originales ainsi que celles qui lui sont cédées par licence ou qu’elle achète auprès de tierces parties, et elle le fait à la télévision et sur Internet. La SODRAC est une société collective constituée pour assurer la gestion des droits de reproduction de ses membres. Lorsque les diffuseurs, y compris la SRC, produisent une émission, ils font plusieurs sortes de copies. Les « copies de synchronisation » incorporent les œuvres musicales dans une émission audiovisuelle. La « copie maîtresse » est la copie finale créée une fois complété le processus de synchronisation. La SRC intègre la copie maîtresse dans son système de gestion du contenu numérique et confectionne plusieurs copies de l’émission complétée — et, par conséquent, de la musique que celle-ci contient — à des fins d’utilisation interne. Dans les cas où elles visent à faciliter la diffusion, ces copies sont appelées « copies accessoires de diffusion ».

Following *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467, in which it was held that “ephemeral” copies engaged the reproduction right in s. 3(1)(d) of the *Copyright Act* and that the right to make those copies is not implied by law in a broadcast licence, SODRAC began to differentiate between synchronization copies and copies made for other purposes. Initially, it granted free synchronization licences to licence holders, but it began asking producers to pay for those licences in or about 2006. In 2008, when SODRAC and CBC were unable to come to an agreement for the renewal of CBC’s licence, SODRAC asked the Board to set the terms of a licence for November 14, 2008, to March 31, 2012. CBC argues that broadcast-incidentals do not engage the reproduction right, or, in the alternative, that if a licence covering broadcast-incidentals is required, it should be implied from its synchronization licences or the synchronization licences of third party producers.

In 2012, the Copyright Board held that CBC’s broadcast-incidentals copying activity engaged the reproduction right, that a licence for such copies could not be implied from synchronization licences covering the production process, and that CBC required a separate reproduction licence to legitimize its broadcast-incidentals copying. The Board valued this licence based on a ratio used in the commercial radio context and found to be equally applicable to the television context. The Board later issued an interim licence to take effect after the expiry of the 2008-2012 licence that extended the terms of that licence on an interim basis, subject to minor modifications. The Federal Court of Appeal upheld both the 2008-2012 licence and the interim licence that followed, subject to minor amendments.

Held (Abella and Karakatsanis JJ. dissenting): The appeal should be allowed; the 2008-2012 licence and the interim licence should both be set aside and the decisions of the Copyright Board should be remitted to the Board for reconsideration.

Per McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell, Moldaver, Wagner, Gascon and Côté JJ.: Because of the unusual statutory scheme under which the Board and the court may each have to consider the same legal question at first instance, the standard of correctness applies

Suivant l’arrêt *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, dans lequel la Cour a statué que les copies « éphémères » mettent en jeu le droit de reproduction visé à l’al. 3(1)d) de la *Loi sur le droit d’auteur* et qu’une licence de diffusion ne permet pas d’inférer en droit celui de faire de telles copies, la SODRAC a commencé à distinguer les copies de synchronisation des copies faites à d’autres fins. Elle a d’abord octroyé des licences de synchronisation gratuitement aux titulaires de licence, mais en 2006 ou vers 2006, elle a commencé à demander aux producteurs de payer ces licences. En 2008, après que la SODRAC et la SRC eurent été incapables d’en arriver à une entente sur le renouvellement de la licence de la SRC, la SODRAC a demandé à la Commission de fixer les modalités d’une licence pour la période allant du 14 novembre 2008 au 31 mars 2012. La SRC plaide que les copies accessoires de diffusion ne mettent pas en jeu le droit de reproduction ou, à titre subsidiaire, que, si elle est requise, la licence couvrant ses copies accessoires de diffusion doit s’inférer de ses licences de synchronisation ou des licences de synchronisation de producteurs tiers.

En 2012, la Commission du droit d’auteur a conclu que l’activité de la SRC consistant à faire des copies accessoires de diffusion mettait en cause le droit de reproduction. En outre, selon elle, on ne pouvait inférer des licences de synchronisation visant le processus de production l’existence d’une licence permettant à la SRC de faire de telles copies. Ainsi, la SRC devait obtenir une licence de reproduction distincte pour légitimer ses activités de confection de copies accessoires de diffusion. La Commission a fixé la valeur de la licence en fonction d’un ratio utilisé antérieurement dans le contexte de la radio commerciale et qu’elle estimait également applicable au contexte télévisuel. La Commission a subséquemment délivré une licence provisoire devant prendre effet après l’expiration de la licence 2008-2012 et proroger les modalités de cette dernière à titre provisoire, sous réserve de modifications mineures. La Cour d’appel fédérale a maintenu la licence 2008-2012 ainsi que la licence provisoire qui a suivi, sous réserve de modifications mineures.

Arrêt (les juges Abella et Karakatsanis sont dissidentes) : Le pourvoi est accueilli; la licence 2008-2012 ainsi que la licence provisoire sont annulées et les décisions de la Commission du droit d’auteur sont renvoyées devant elle pour un nouvel examen.

La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell, Moldaver, Wagner, Gascon et Côté : Étant donné le caractère particulier du régime législatif en vertu duquel la Commission et une cour de justice peuvent être respectivement appelées à statuer en première instance sur

to whether broadcast-incidental copies engage the reproduction right, and thus whether the *Copyright Act* allows SODRAC to seek a licence for CBC's broadcast-incidental copying. A standard of reasonableness applies to each of the remaining issues.

The Board was correct in finding that broadcast-incidental copying engages the reproduction right, consistent with this Court's decision in *Bishop* and the context of the statutory scheme set out in the *Copyright Act*. Though this Court's subsequent decisions in *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336, and *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] S.C.R. 231, have refined the understanding of the purposes of copyright law, the central holding in *Bishop*, that ephemeral copies engage the reproduction right, remains sound. Ephemeral copies are not exempted by ss. 30.8 and 30.9, and nothing in the text, context or legislative history of ss. 3(1), 30.8 or 30.9 supports the view that broadcast-incidental copies are not reproductions under the Act. While balance between user and right-holder interests and technological neutrality are central to Canadian copyright law, they cannot change the express terms of the Act.

The Board was also correct in finding that a licence to make broadcast-incidental copies should not be implied from synchronization licences issued by SODRAC. The synchronization licences do not give any indication that they included the right to make broadcast-incidental copies. The separation of synchronization and broadcast-incidental licences does not offend technological neutrality. Recognizing production and broadcasting as distinct activities validly subject to disaggregated licences does not impose new layers of protections and fees based solely on technological change. Economic considerations also justified the practice of dividing synchronization and broadcast-incidental copy licences.

un même point de droit, la norme de la décision correcte s'applique à l'égard de la question de savoir si les copies accessoires de diffusion mettent en cause le droit de reproduction, et donc de savoir si la *Loi sur le droit d'auteur* permet à la SODRAC de chercher à obtenir une licence pour les copies accessoires de diffusion de la SRC. La norme de la décision raisonnable s'applique à l'égard de chacune des autres questions.

La Commission a conclu à juste titre que l'activité consistant à faire des copies accessoires de diffusion met en cause le droit de reproduction, une décision conforme à l'arrêt de la Cour dans *Bishop* et au régime législatif mis en place par la *Loi sur le droit d'auteur*. Si les décisions rendues subséquemment par la Cour dans les arrêts *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, et *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231, ont précisé la compréhension des objectifs du droit d'auteur, la conclusion centrale de l'arrêt *Bishop*, soit que les copies éphémères mettent en cause le droit de reproduction, demeure valide. Les copies éphémères ne sont pas soustraites à l'application de ce droit par les art. 30.8 et 30.9 et rien dans le libellé du par. 3(1) et des art. 30.8 et 30.9, dans leur contexte ou dans leur historique législatif n'étaye l'opinion selon laquelle les copies accessoires de diffusion ne constituent pas des reproductions au sens de la *Loi*. Bien que le principe de mise en équilibre des intérêts de l'utilisateur et de ceux du titulaire d'un droit et celui de neutralité technologique soient au cœur du droit canadien en matière de droit d'auteur, ils ne peuvent modifier le libellé de la *Loi*.

La Commission a également eu raison de conclure qu'il faut se garder d'inférer des licences de synchronisation octroyées par la SODRAC l'existence de licences autorisant la confection de copies accessoires de diffusion. Les licences de synchronisation n'indiquent nulle part qu'il faut y voir le droit de faire des copies accessoires de diffusion. La distinction entre les licences de synchronisation et les licences accessoires de diffusion ne porte pas atteinte à la neutralité technologique. Reconnaître le caractère distinct de la production et de la diffusion justifiant l'octroi de licences distinctes n'impose pas de nouveaux paliers de protection et d'exigibilité d'une redevance sur le seul fondement d'un changement technologique. Des considérations économiques justifiaient aussi la pratique qui consiste à séparer la licence de synchronisation et les licences de copies accessoires de diffusion.

However, the Board erred in failing to consider the principles of technological neutrality and balance in setting the valuation of this licence. The principle of technological neutrality recognizes that, absent parliamentary intent to the contrary, the Act should not be interpreted or applied to favour or discriminate against any particular form of technology. In the regulatory context, the principle of technological neutrality applies to valuation of a reproduction licence, so the Board should compare the value derived from the use of reproduction in the old and new technologies in its valuation analysis.

To maintain a balance between user and right-holder interests, the Board must also assess the respective contributions of the user and the copyright-protected works to the value enjoyed by the user. It must have regard for factors it considers relevant in striking a balance between user and right-holder rights when fixing licence fees. Relevant factors will include the risks taken by the user, the extent of the investment made by the user in the new technology, and the nature of the copyright-protected work's use in the new technology.

The 2008-2012 licence is set aside as it relates to the valuation of CBC's television and Internet broadcast-incidentals copies and the decision of the Board in that regard is remitted to the Board for reconsideration of that valuation in accordance with the principles of technological neutrality and balance. The Board's valuation methodology did not give any indication that the principles of technological neutrality and balance were considered in the way it fixed the SODRAC reproduction royalties payable by CBC. The Board did not compare the value contributed by the copyright-protected reproductions in the old and new technology. It also failed to take into account the relative contributions made by the use of copyright-protected works and the risk and investment by the user in its new technology, as required by the balance principle.

It was reasonable to use the interim licence to maintain the status quo and to use the 2008-2012 statutory licence

Cela dit, la Commission aurait dû prendre en considération les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre pour déterminer la valeur de cette licence. Selon le principe de neutralité technologique, en l'absence d'une intention contraire du législateur, la *Loi* ne doit être ni interprétée ni appliquée de manière à favoriser ou à défavoriser une forme de technologie en particulier. Dans le contexte réglementaire, le principe de neutralité technologique s'applique à l'évaluation d'une licence de reproduction, et la Commission devrait, dans son analyse de la valeur, comparer la valeur tirée de l'utilisation d'une reproduction au moyen de la technologie antérieure et la valeur tirée au moyen de la nouvelle technologie.

Afin de maintenir un équilibre entre les droits des utilisateurs et ceux des titulaires du droit d'auteur, la Commission doit aussi évaluer les contributions respectives de l'utilisateur et des œuvres protégées par le droit d'auteur par rapport à la valeur dont profite l'utilisateur. Lorsqu'elle fixe des redevances, elle doit tenir compte des facteurs qu'elle juge pertinents pour mettre en équilibre les droits de l'utilisateur et ceux du titulaire des droits. Les facteurs pertinents incluent notamment les risques pris par l'utilisateur, l'ampleur de son investissement dans la nouvelle technologie ainsi que la nature de l'utilisation de l'œuvre protégée par le droit d'auteur dans la nouvelle technologie.

La licence 2008-2012 est annulée en ce qui a trait à la fixation des redevances relatives aux copies accessoires de diffusion télévisuelle et sur Internet de la SRC et la décision de la Commission à cet égard lui est renvoyée pour qu'elle procède à un nouvel examen de la fixation des redevances en tenant compte des principes de neutralité technologique et de mise en équilibre. La méthode d'évaluation utilisée par la Commission n'a donné aucune indication selon laquelle les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre ont été pris en compte pour fixer les redevances que devait payer la SRC à la SODRAC. La Commission n'a pas comparé la valeur générée par les reproductions d'œuvres protégées lorsque la SRC utilisait la technologie antérieure par rapport à cette valeur lorsqu'elle utilise sa nouvelle technologie. Elle a également omis de prendre en considération les contributions relatives découlant de l'utilisation des œuvres protégées par le droit d'auteur par rapport au risque qu'a pris l'utilisateur et à son investissement pour acquérir sa technologie nouvelle, tel que l'exige le principe de mise en équilibre.

Il était raisonnable d'utiliser la licence provisoire afin de maintenir le statu quo et d'utiliser la licence légale

as the status quo in this case. However, because the interim licence was based on the terms of the 2008-2012 licence, it is set aside and the Board's decision in that regard is also remitted for reconsideration consistent with the principles guiding the redetermination of the 2008-2012 licence.

Finally, the Board has the statutory authority to fix the terms of licences pursuant to s. 70.2, but the user retains the ability to accept or decline those terms.

Per Abella J. (dissenting): The Board's decision to impose royalty fees for broadcast-incidental copies was unreasonable.

The *Copyright Act* strikes a careful balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of creative works, and obtaining a just reward for creators. Maintaining the balance that best supports the public interest in creative works is the central purpose of the *Copyright Act*. The question is how to preserve this balance in the face of new technologies that are transforming the mechanisms through which creative works are produced, reproduced and distributed. The answer lies in applying a robust vision of technological neutrality as a core principle of statutory interpretation under the *Copyright Act*.

A reasonable interpretation of the scope of the reproduction right must consider the wording of ss. 3(1) and 3(1)(d) in the context of the overarching purpose of the *Copyright Act* and the central principle of technological neutrality. Adopting a literal interpretation of the right in s. 3(1)(d) would leave no room for the principle of technological neutrality, which is rooted in the words "to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever". Technological neutrality ensures that copyright attaches to a particular activity based on the essential character of the activity or output, rather than to the process by which it occurs. Technological neutrality consists of media neutrality and functional equivalence. Media neutrality seeks to ensure that copyright doctrine evolves to embrace new technologies, preserving copyright not only in the medium in which the work is created but all existing and future media in which the work might be expressed. As long as the creative expression survives the transfer to a new medium, copyright in the work will survive.

2008-2012 comme statu quo dans la présente affaire. Toutefois, puisque la licence provisoire reposait sur les modalités de la licence légale 2008-2012, elle est annulée et la décision de la Commission est également renvoyée pour nouvel examen en conformité avec les principes qui s'appliquent aux fins de la nouvelle décision sur la licence 2008-2012.

Enfin, la Commission a le pouvoir de fixer les modalités d'une licence en vertu de l'art. 70.2, mais l'utilisateur reste libre d'accepter ou de refuser ces modalités.

La juge Abella (dissidente) : La décision de la Commission d'imposer des redevances pour les copies accessibles de diffusion était déraisonnable.

La *Loi sur le droit d'auteur* établit un juste équilibre entre la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres créatives et l'obtention d'une juste récompense pour le créateur. Maintenir l'équilibre qui favorise le mieux l'intérêt du public quant aux œuvres créatives est l'objet principal de la *Loi sur le droit d'auteur*. Il faut se demander comment préserver cet équilibre face aux nouvelles technologies qui transforment les mécanismes de production, de reproduction et de distribution des œuvres créatives. La réponse repose sur l'application d'une vision solide de la neutralité technologique en tant que principe central de l'interprétation législative de la *Loi sur le droit d'auteur*.

Une interprétation raisonnable de la portée du droit de reproduction doit tenir compte des libellés du par. 3(1) et de l'al. 3(1)(d) dans le contexte de l'objet prépondérant de la *Loi sur le droit d'auteur* et du principe central de neutralité technologique. L'adoption d'une interprétation littérale du droit énoncé à l'al. 3(1)(d) ne laissera aucune place pour le principe de neutralité technologique, qui émane des termes « produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque ». La neutralité technologique garantit qu'une activité donnée est assujettie à un droit d'auteur en fonction du caractère essentiel de l'activité ou de son résultat plutôt que du processus par lequel elle survient. La neutralité technologique se compose de la neutralité du support et de l'équivalence fonctionnelle. La neutralité du support vise à assurer que la doctrine du droit d'auteur évolue de façon à incorporer les nouvelles technologies, en préservant le droit d'auteur non seulement sur le support sur lequel l'œuvre est créée, mais sur tous les supports actuels et futurs sur lesquels l'œuvre pourrait être exprimée. Dans la mesure où l'expression créative survit au transfert sur un nouveau support, le droit d'auteur rattaché à l'œuvre survivra.

Functional equivalence, on the other hand, focuses on what the technology at issue is doing, rather than on the technical modalities of *how* it is doing it. This leads to interpretations of the *Act* that give functionally equivalent technologies similar treatment. It also avoids imposing copyright liability on technologies and activities that only incidentally implicate copyright. This case involves an application of functional equivalence.

Broadcast-incidental copies are those created to achieve a broadcast by providing the necessary technical modalities. In the context of copyright law, their creation cannot be seen as distinct from the core activity of broadcasting. A broadcast-incidental copy is not transformed into a separate reproduction of the work simply because the technical imperatives of effecting a broadcast require the presence of multiple copies. Broadcast-incidental copies do not, as a result, attract separate royalties. To conclude otherwise is to doom both technological neutrality and the ability of copyright law to preserve the delicate balance between the rights of copyright holders and the public's interest in the dissemination of creative works.

SODRAC holds only the reproduction rights in the works in its repertoire. It is not entitled to royalties associated with the broadcasting of those works, which are paid to the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN). SODRAC is attempting to claim royalties in this case for the *method* of broadcasting the musical works to the public, despite never before receiving royalties for broadcasting activities.

Sections 30.8 and 30.9 of the *Copyright Act* were a legislative response to this Court's holding in *Bishop*, which was based on a literal interpretation of s. 3(1)(d). It held that the licensing of a performance right did not implicitly authorize ephemeral recordings of the performance for the purposes of effecting the broadcast. These discrete legislative responses to a specific judicial interpretation of the *Copyright Act* are far from representing the kind of express statutory language needed to displace such fundamental objectives and principles underpinning the *Copyright Act* as technological neutrality and balance. They were meant to provide greater certainty that certain classes of ephemeral recording are not to attract copyright liability and to maintain technological neutrality, not

Par ailleurs, le principe de l'équivalence fonctionnelle met l'accent sur la fonction de la technologie en cause plutôt que sur les modalités techniques de son *fonctionnement*, ce qui oriente les tribunaux vers une interprétation de la *Loi* qui traite les technologies fonctionnellement équivalentes de façon similaire. On évite également ainsi de rattacher une responsabilité pour violation du droit d'auteur aux technologies et aux activités qui ne font intervenir le droit d'auteur que de façon accessoire. L'application du principe de l'équivalence fonctionnelle intervient en l'espèce.

Les copies accessoires de diffusion sont créées pour réaliser une diffusion en fournissant les modalités techniques nécessaires. En matière de droit d'auteur, leur création ne peut être perçue comme distincte de l'activité centrale de diffusion. Une copie accessoire de diffusion ne devient pas une reproduction distincte de l'œuvre simplement parce que les impératifs techniques de la diffusion exigent la création de multiples copies. Par conséquent, elles ne donnent pas droit à des redevances distinctes. Conclure autrement reviendrait à condamner tant la neutralité technologique que la capacité du droit d'auteur à préserver l'équilibre délicat établi entre les droits des titulaires d'un droit d'auteur et l'intérêt du public à ce que les œuvres créatives soient diffusées.

La SODRAC est seulement titulaire des droits de reproduction des œuvres contenues dans son répertoire. Elle n'a pas droit aux redevances relatives à la diffusion de ces œuvres; ces redevances sont versées à la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN). En l'espèce, la SODRAC tente de percevoir des redevances sur le *mode* de diffusion des œuvres musicales au public, en dépit du fait qu'elle n'ait jamais reçu auparavant de redevances pour des activités de diffusion.

Les articles 30.8 et 30.9 de la *Loi sur le droit d'auteur* constituaient la réponse du législateur à la décision de la Cour dans l'arrêt *Bishop*, laquelle reposait sur une interprétation littérale de l'al. 3(1)(d). La Cour avait conclu que le fait de céder les droits d'exécution n'autorisait pas implicitement les enregistrements éphémères d'une exécution de l'œuvre dans le but de servir la diffusion. Ces réponses législatives distinctes à une interprétation judiciaire précise de la *Loi sur le droit d'auteur* sont loin du libellé législatif exprès requis pour supplanter des objectifs et principes aussi fondamentaux qui sous-tendent la *Loi sur le droit d'auteur* que ceux de la neutralité technologique et de la mise en équilibre. Elles visaient à assurer que certaines catégories d'enregistrements éphémères

to be a defining statement on the content of the reproduction right, or which kinds of copies will trigger it.

The Federal Court of Appeal's suggestion that "more copies mean more value and thus, more royalties" violates technological neutrality by imposing additional copyright liability on the use of more efficient copy-dependent broadcasting technologies, by erroneously tying the compensation owed to creators of copyrighted works to how efficiently the user exercises the right that was bargained for, and by artificially raising the cost of broadcasting. It also fails to take account of the fact that broadcasters are required to make certain broadcast-incident copies in order to comply with CRTC regulations and that the CBC already pays royalty fees for broadcasting rights to SOCAN.

The principle of technological neutrality requires that the interpretation and application of the *Copyright Act* focus on the essential character of the activity and not on the technical modalities by which it is achieved. Modern digital technologies that are dependent on the creation of incidental copies do not change the essence of the broadcasting activity, and imposing additional fees for such copies raises the cost of broadcasting, an expense the consumer will be made to bear. Attaching copyright liability to incidental copies created as a result of improvements in broadcasting technologies therefore penalizes broadcasters and the public for utilizing new and improved technologies and artificially creates entitlements to compensation for creators that were never intended to be given under the *Act*.

The majority's articulation and application of the principle of technological neutrality on the issue of valuation is wholly inconsistent with the established case law in that it ties copyright-holder compensation to actions of the user that are unrelated and irrelevant to the rights held in the protected works, and focuses the inquiry on the value that the technology is creating for the user. The majority proposes two novel factors for the Board to consider when striking a balance between user and copyright-holder interests: (1) the nature of the copyright-protected work's use in the new technology; and (2) the risks taken and the extent of the investment made by the user in the new technology. While the first factor is consistent with the balance articulated in *Théberge*, the second is not. If this new second factor is followed

ne soient pas assujetties à des redevances et à maintenir la neutralité technologique; elles ne constituaient pas un énoncé précis du contenu du droit de reproduction ni ne dressaient la liste des types de copies qui le feront intervenir.

L'affirmation de la Cour d'appel fédérale selon laquelle « plus de copies signifie plus de valeur, et donc plus de redevances » contrevient au principe de neutralité technologique en imposant des redevances supplémentaires sur l'utilisation de technologies de diffusion plus efficaces qui dépendent de la création de copies, en liant erronément la rémunération des créateurs d'œuvres protégées par le droit d'auteur à l'efficacité avec laquelle l'utilisateur de ces œuvres exerce le droit qui lui a été accordé, et en augmentant artificiellement le coût de diffusion. En outre, cette affirmation ne tient pas compte du fait que les diffuseurs sont tenus d'effectuer certaines copies accessoires de diffusion afin de respecter la réglementation du CRTC et que la SRC paie déjà à SOCAN des redevances pour les droits de diffusion.

Le principe de neutralité technologique exige que l'interprétation et l'application de la *Loi sur le droit d'auteur* soient centrées sur le caractère essentiel de l'activité, et non sur les modalités techniques grâce auxquelles elle est réalisée. Les technologies numériques modernes dépendantes de la création de copies accessoires ne modifient pas le caractère essentiel du processus de diffusion, et l'imposition de frais additionnels pour ces copies augmente le coût de diffusion, une dépense que les consommateurs devront absorber. Imposer le versement de redevances pour toute copie accessoire créée en raison de l'amélioration des technologies de diffusion pénalise donc les diffuseurs et le public pour l'utilisation des technologies nouvelles et améliorées et confère artificiellement aux créateurs le droit à une rémunération qui n'a jamais été prévue par la *Loi*.

La façon dont les juges majoritaires énoncent le principe de neutralité technologique et l'appliquent à la question de l'évaluation est complètement contraire à la jurisprudence établie en ce qu'elle lie la compensation du titulaire du droit d'auteur aux actions de l'utilisateur qui n'ont pas de liens avec les droits relatifs aux œuvres protégées et qui ne sont pas pertinentes, et qu'elle fait porter l'examen principalement sur la valeur que crée la technologie pour l'utilisateur. Les juges majoritaires proposent que la Commission tienne compte de deux nouveaux facteurs lorsqu'elle procède à la mise en équilibre des intérêts des utilisateurs et de ceux des titulaires du droit d'auteur : (1) la nature de l'utilisation de l'œuvre protégée par le droit d'auteur avec la nouvelle technologie et (2) les risques pris par l'utilisateur et l'étendue de

to its logical conclusion, users who make a sufficiently large investment or take sufficiently high risks may, by doing so, deprive the copyright holder of *any* entitlement to compensation for the use of the protected works.

As this Court confirmed in *Entertainment Software Association*, technological neutrality operates to prevent imposing additional, gratuitous fees on the user simply for the use of more efficient technologies. Focusing the inquiry on the value that the technology is creating for the user, as opposed to the functional result created by the technology, misconstrues technological neutrality. A technological innovation may well create value for the user by increasing efficiencies, driving down costs, or allowing the user to remain competitive. But SODRAC, the copyright holder, is not entitled to be compensated for how efficiently the CBC uses technology to achieve its broadcast.

The question of whether the Copyright Board ought to have imposed royalty fees on the CBC for the creation of incidental copies that arise as a technical part of the digital broadcasting process, is at the heart of the Copyright Board's specialized mandate and therefore reviewable on a reasonableness standard. Extricating the various components of the Board's decision and subjecting each to its own standard of review analysis represents a significant and inexplicable change in this Court's standard of review jurisprudence. It risks creating an unworkable framework for the judicial review of administrative decision-making and may well be seen as a way to give reviewing courts wider discretion to intervene in administrative decisions, as had been done in the pre-*Dunsmuir* era through the use of the "preliminary question doctrine".

Per Karakatsanis J. (dissenting): There is agreement with Abella J.'s decision on the merits and in the result, but not with her position on the standard of review. Instead, there is agreement with the majority's conclusion that the correctness standard applies to whether broadcast-incidental copies engage the reproduction right and that the reasonableness standard applies to

son investissement dans la nouvelle technologie. S'il est vrai que le premier facteur est compatible avec la mise en équilibre décrite dans *Théberge*, le second ne l'est pas. Si l'on suit ce nouveau second facteur jusqu'à sa conclusion logique, les utilisateurs qui font un investissement suffisamment important ou qui prennent un risque suffisamment grand peuvent, ce faisant, priver le titulaire du droit d'auteur de *quelque* droit *que ce soit* à une compensation pour l'utilisation des œuvres protégées.

Comme la Cour l'a confirmé dans *Entertainment Software Association*, la neutralité technologique sert à éviter d'imposer des redevances additionnelles et injustifiées à l'utilisateur uniquement parce qu'il utilise des technologies plus efficaces. Faire porter l'examen sur la valeur que crée la technologie pour l'utilisateur, plutôt que sur le résultat fonctionnel créé par la technologie, revient à interpréter erronément le principe de neutralité technologique. Une innovation technologique peut créer de la valeur pour l'utilisateur en augmentant l'efficacité des processus, en réduisant les coûts ou en lui permettant de rester compétitif. Mais la SODRAC, le titulaire du droit d'auteur, n'a pas le droit de recevoir une compensation pour l'efficacité avec laquelle la SRC se sert de la technologie pour mener à bien ses activités de diffusion.

La question de savoir si la Commission du droit d'auteur aurait dû imposer des redevances à la SRC pour la création de copies accessoires qui découlent de la partie technique du processus de diffusion numérique est au cœur du mandat spécialisé de la Commission du droit d'auteur et est, par conséquent, susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable. Distinguer les diverses parties de la décision de la Commission et assujettir chacune d'entre elles à sa propre analyse de la norme de contrôle représente un changement important et inexplicable dans la jurisprudence de la Cour en matière de norme de contrôle. Cet exercice risque de créer un modèle non fonctionnel pour le contrôle judiciaire des décisions administratives et pourrait bien être perçu comme une façon de conférer aux cours chargées de contrôles judiciaires un pouvoir discrétionnaire plus large pour intervenir dans les décisions administratives, comme le permettait, avant l'arrêt *Dunsmuir*, l'application de la « doctrine de la condition préalable ».

La juge Karakatsanis (dissidente) : Je suis d'accord avec la décision de la juge Abella quant au fond et quant au résultat, mais non pour ce qui est de la norme de contrôle. Je suis plutôt d'accord avec les juges majoritaires pour dire que la norme de la décision correcte s'applique à la question de savoir si les copies accessoires de diffusion mettent en jeu le droit de reproduction, et que

the balance of the decisions of the Copyright Board. However, the general approach taken by the majority to their analysis of the standard of review is not endorsed. In this respect, although this Court's jurisprudence permits the isolation of a particular question of law on an exceptional basis, it does not require a separate standard of review analysis for each issue. An issue-by-issue approach, within each decision, unnecessarily complicates an already overwrought area of the law.

Cases Cited

By Rothstein J.

Applied: *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336; *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; **referred to:** *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Performing Right Society, Ltd. v. Hammond's Bradford Brewery Co.*, [1934] 1 Ch. 121; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Statement of Royalties to be Collected by CMRRA/SODRAC Inc. for the Reproduction of Musical Works, in Canada, by Commercial Radio Stations in 2001, 2002, 2003 and 2004*, decision of the Board, file No. 2001-2004, March 28, 2003 (online: <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2003/20030328-rm-b.pdf>); *Statement of Royalties to be Collected by SOCAN, Re: Sound, CSI, AVLA/SOPROQ and Artisti in Respect of Commercial Radio Stations*, decision of the Board, July 9, 2010 (online: <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2010/20100709.pdf>); *Gosling v. Veley* (1850), 12 Q.B. 328, 116 E.R. 891; *Ontario English Catholic Teachers' Assn. v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 15, [2001] 1 S.C.R. 470; *Attorney-General v. Wilts United Dairies, Ltd.* (1921), 37 T.L.R. 884; *Vigneux v. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1943] S.C.R. 348; *Hanfstaengl v. Empire Palace*, [1894] 3 Ch. 109.

la norme de la décision raisonnable s'applique au reste des décisions de la Commission du droit d'auteur. Cela dit, je ne souscris pas à l'approche générale adoptée par les juges majoritaires pour analyser la norme de contrôle. À cet égard, même si la jurisprudence de la Cour permet d'isoler exceptionnellement une question de droit en particulier, elle n'exige pas de procéder à une analyse distincte de la norme de contrôle pour chaque question. Une approche qui se penche sur les questions une à la fois complique inutilement un domaine du droit déjà tarabiscoté.

Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

Arrêts appliqués : *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336; *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; **arrêts mentionnés :** *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Performing Right Society, Ltd. c. Hammond's Bradford Brewery Co.*, [1934] 1 Ch. 121; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Tarif des redevances à percevoir par la CMRRA/SODRAC Inc. pour la reproduction d'œuvres musicales, au Canada, par les stations de radio commerciales en 2001, 2002, 2003 et 2004*, décision de la Commission, n° de dossier 2001-2004, 28 mars 2003 (en ligne : <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2003/20030328-rm-b.pdf>); *Tarif des redevances à percevoir par la SOCAN, Ré: Sonne, CSI, AVLA/SOPROQ et Artisti à l'égard des stations de radio commerciale*, décision de la Commission, 9 juillet 2010 (en ligne : <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2010/20100709.pdf>); *Gosling c. Veley* (1850), 12 Q.B. 328, 116 E.R. 891; *Ontario English Catholic Teachers' Assn. c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 15, [2001] 1 R.C.S. 470; *Attorney-General c. Wilts United Dairies, Ltd.* (1921), 37 T.L.R. 884; *Vigneux c. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1943] R.C.S. 348; *Hanfstaengl c. Empire Palace*, [1894] 3 Ch. 109.

By Abella J. (dissenting)

Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231; *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *Robertson v. Thomson Corp.*, 2006 SCC 43, [2006] 2 S.C.R. 363; *Euro-Excellence Inc. v. Kraft Canada Inc.*, 2007 SCC 37, [2007] 3 S.C.R. 20; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, 2012 SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326; *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 SCC 37, [2012] 2 S.C.R. 345; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Cinar Corporation v. Robinson*, 2013 SCC 73, [2013] 3 S.C.R. 1168; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227.

By Karakatsanis J. (dissenting)

Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283.

Statutes and Regulations Cited

Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2.4, 3(1), 30.7 [ad. 1997, c. 24, s. 18(1)], 30.8 [idem], 30.9 [idem], 66.51, 66.6(1), 70.2, 70.4.
Copyright Modernization Act, S.C. 2012, c. 20, summary.
Television Broadcasting Regulations, 1987, SOR/87-49, s. 10(5).

Authors Cited

Convention concernant la télévision et la radio entre la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) et la Société Radio-Canada, 19 mars 1992, art. 2.
 Craig, Carys J. “Technological Neutrality: (Pre)Serving the Purposes of Copyright Law”, in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentology: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian*

Citée par la juge Abella (dissidente)

Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231; *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Robertson c. Thomson Corp.*, 2006 CSC 43, [2006] 2 R.C.S. 363; *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, 2007 CSC 37, [2007] 3 R.C.S. 20; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326; *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37, [2012] 2 R.C.S. 345; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Cinar Corporation c. Robinson*, 2013 CSC 73, [2013] 3 R.C.S. 1168; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227.

Citée par la juge Karakatsanis (dissidente)

Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283.

Lois et règlements cités

Loi sur la modernisation du droit d'auteur, L.C. 2012, c. 20, sommaire.
Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 2.4, 3(1), 30.7 [aj. 1997, c. 24, art. 18(1)], 30.8 [idem], 30.9 [idem], 66.51, 66.6(1), 70.2, 70.4.
Règlement de 1987 sur la télédiffusion, DORS/87-49, art. 10(5).

Doctrine et autres documents cités

Convention concernant la télévision et la radio entre la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) et la Société Radio-Canada, 19 mars 1992, art. 2.
 Craig, Carys J. « Technological Neutrality : (Pre)Serving the Purposes of Copyright Law », in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentology : How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian*

- Copyright Law*. Ottawa: University of Ottawa Press, 2013, 271.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Gurry, Francis. “The Future of Copyright”, speech delivered at the Blue Sky Conference, Queensland University of Technology, Sydney, February 25, 2011 (online: http://www.wipo.int/about-wipo/en/dgo/speeches/dg_blueskyconf_11.html).
- Hagen, Gregory R. “Technological Neutrality in Canadian Copyright Law”, in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentology: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*. Ottawa: University of Ottawa Press, 2013, 307.
- Hutchison, Cameron J. “Case Comment: The 2012 Supreme Court Copyright Decisions & Technological Neutrality” (2013), 46 *U.B.C. L. Rev.* 589.
- Hutchison, Cameron J. “Technological Neutrality Explained & Applied to *CBC v. SODRAC*” (2015), 13 *C.J.L.T.* 101.
- Katz, Ariel. “Commentary: Is Collective Administration of Copyrights Justified by the Economic Literature?”, in Marcel Boyer, Michael Trebilcock and David Vaver, eds., *Competition Policy and Intellectual Property*. Toronto: Irwin Law, 2009, 449.
- Licence authorizing the Canadian Broadcasting Corporation to reproduce works in the repertoire of SODRAC for the period from November 14, 2008 to March 31, 2012*, file No. 70.2-2008-01, November 2, 2012, revised March 31, 2014, ss. 2.01, 5.03(2) (online: <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2012/licence-src-modifiee.pdf>).
- McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2012 (loose-leaf updated 2015, release 4).
- Pallante, Maria A. “The Next Great Copyright Act” (2013), 36 *Colum. J.L. & Arts* 315.
- Richard, Hugues G., and Laurent Carrière et al., eds. *Canadian Copyright Act Annotated*, vol. 3. Toronto: Carswell, 1993 (loose-leaf updated 2015, release 8).
- Syrtash, Veronica. “Supra-National Limitations on Copyright Exceptions: Canada’s Ephemeral Exception and the “Three-Step Test”” (2005-2006), 19 *I.P.J.* 521.
- Tussey, Deborah. “Technology Matters: The Courts, Media Neutrality, and New Technologies” (2005), 12 *J. Intell. Prop. L.* 427.
- Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2011.
- Copyright Law*, Ottawa, University of Ottawa Press, 2013, 271.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.
- Gurry, Francis. « L’avenir du droit d’auteur », discours prononcé à la Blue Sky Conference, Université de technologie du Queensland, Sydney, 25 février 2011 (en ligne : http://www.wipo.int/about-wipo/fr/dgo/speeches/dg_blueskyconf_11.html).
- Hagen, Gregory R. « Technological Neutrality in Canadian Copyright Law », in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentology : How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, Ottawa, University of Ottawa Press, 2013, 307.
- Hutchison, Cameron J. « Case Comment : The 2012 Supreme Court Copyright Decisions & Technological Neutrality » (2013), 46 *U.B.C. L. Rev.* 589.
- Hutchison, Cameron J. « Technological Neutrality Explained & Applied to *CBC v. SODRAC* » (2015), 13 *C.J.L.T.* 101.
- Katz, Ariel. « Commentary : Is Collective Administration of Copyrights Justified by the Economic Literature? », in Marcel Boyer, Michael Trebilcock and David Vaver, eds., *Competition Policy and Intellectual Property*, Toronto, Irwin Law, 2009, 449.
- Licence autorisant la Société Radio-Canada à reproduire les œuvres faisant partie du répertoire de la SODRAC entre le 14 novembre 2008 et le 31 mars 2012*, n° de dossier 70.2-2008-01, 2 novembre 2012, révisé 31 mars 2014, art. 2.01, 5.03(2) (en ligne : <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2012/licence-src-modifiee.pdf>).
- McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed., Toronto, Carswell, 2012 (loose-leaf updated 2015, release 4).
- Pallante, Maria A. « The Next Great Copyright Act » (2013), 36 *Colum. J.L. & Arts* 315.
- Richard, Hugues G., and Laurent Carrière et al., eds. *Canadian Copyright Act Annotated*, vol. 3, Toronto, Carswell, 1993 (loose-leaf updated 2015, release 8).
- Syrtash, Veronica. « Supra-National Limitations on Copyright Exceptions : Canada’s Ephemeral Exception and the “Three-Step Test” » (2005-2006), 19 *I.P.J.* 521.
- Tussey, Deborah. « Technology Matters : The Courts, Media Neutrality, and New Technologies » (2005), 12 *J. Intell. Prop. L.* 427.
- 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 (Noël, Pelletier and Trudel JJ.A.), 2014 FCA 84, [2015] 1 F.C.R. 509, 457 N.R. 156, 118 C.P.R. (4th) 79, [2014] F.C.J. No. 321 (QL), 2014 CarswellNat 808 (WL Can.), setting aside in part a decision of the Copyright Board of Canada, file Nos. 70.2-2008-01, 70.2-2008-02, November 2, 2012 (online: <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2012/DecisionSODRAC5andArbitration02-11-2012.pdf>), [2012] C.B.D. No. 11 (QL), and affirming a decision of the Copyright Board of Canada, file No. 70.2-2012-01, January 16, 2013 (online: <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2013/sodrac-16012013.pdf>). Appeal allowed, Abella and Karakatsanis JJ. dissenting.

Marek Nitoslowski and Joanie Lapalme, for the appellant.

Colette Matteau and Lisane Bertrand, for the respondents.

Howard P. Knopf, David Lametti and Ariel Katz, for the interveners the Centre for Intellectual Property Policy and Ariel Katz.

David Fewer and Jeremy de Beer, for the intervenor the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

Casey M. Chisick, Peter J. Henein and Eric Mayzel, for the interveners the Canadian Musical Reproduction Rights Agency Ltd., the Canadian Music Publishers Association and the International Confederation of Music Publishers.

Barry B. Sookman and Daniel G. C. Glover, for the interveners Music Canada, the International Federation of the Phonographic Industry, the Canadian Council of Music Industry Associations, the Canadian Independent Music Association and Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Noël, Pelletier et Trudel), 2014 CAF 84, [2015] 1 R.C.F. 509, 457 N.R. 156, 118 C.P.R. (4th) 79, [2014] A.C.F. n° 321 (QL), 2014 CarswellNat 809 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision de la Commission du droit d'auteur du Canada, dossiers n°s 70.2-2008-01, 70.2-2008-02, 2 novembre 2012 (en ligne : <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2012/DecisionSODRAC5andArbitration02-11-2012.pdf>), [2012] C.B.D. No. 11 (QL), et confirmé une décision de la Commission du droit d'auteur du Canada, dossier n° 70.2-2012-01, 16 janvier 2013 (en ligne : <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2013/sodrac-16012013.pdf>). Pourvoi accueilli, les juges Abella et Karakatsanis sont dissidentes.

Marek Nitoslowski et Joanie Lapalme, pour l'appelante.

Colette Matteau et Lisane Bertrand, pour les intimées.

Howard P. Knopf, David Lametti et Ariel Katz, pour les intervenants le Centre des politiques en propriété intellectuelle et Ariel Katz.

David Fewer et Jeremy de Beer, pour l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko.

Casey M. Chisick, Peter J. Henein et Eric Mayzel, pour les intervenantes l'Agence canadienne des droits de reproduction musicaux ltée, l'Association canadienne des éditeurs de musique et la Confédération internationale des éditeurs de musique.

Barry B. Sookman et Daniel G. C. Glover, pour les intervenants Music Canada, la Fédération internationale de l'industrie phonographique, le Conseil canadien des associations de l'industrie musicale, l'Association canadienne de la musique indépendante et l'Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo.

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

[1] ROTHSTEIN J. — Broadcasting a program that uses copyright-protected music engages the right to communicate the work to the public by telecommunication — a right that rests exclusively with the copyright holder for that musical work. Thus, broadcasters must secure a licence to communicate the work. Broadcasting activities are complex, however, and broadcasters often engage not only in the telecommunication of musical works as part of the airing of a program, but also in making copies of programs, and thus of the music incorporated therein, for internal use. Where these copies are made to facilitate broadcasting, they may be described as broadcast-incidental copies.

[2] Making copies of a copyright-protected work implicates the reproduction right, which also rests exclusively with the copyright holder. This case concerns the relationship between broadcast-incidental copies and the reproduction right established by s. 3(1)(d) of the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42.

[3] In 2012, the Copyright Board, in setting the terms of a licence between Canadian Broadcasting Corporation (“CBC”) and SODRAC 2003 Inc. and the Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (SODRAC) Inc. (collectively, “SODRAC”) for the 2008-2012 period, held that CBC’s broadcast-incidental copying activity engaged the reproduction right, that a licence for such copies could not be implied from synchronization licences covering the production process, and that CBC required a separate reproduction licence to legitimize its broadcast-incidental copying. The Board further found that the appropriate valuation for this licence was more than nominal, and issued a licence authorizing CBC to reproduce works in the SODRAC repertoire in conjunction

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Cromwell, Moldaver, Wagner, Gascon et Côté rendu par

[1] LE JUGE ROTHSTEIN — La diffusion d’une émission incorporant une musique protégée par un droit d’auteur met en jeu le droit de communiquer l’œuvre au public par voie de télécommunication — un droit qui appartient exclusivement au titulaire du droit d’auteur sur l’œuvre musicale en question. C’est pour cette raison que les diffuseurs qui communiquent l’œuvre doivent obtenir une licence. Cela dit, les activités de diffusion sont complexes, et il arrive souvent que les diffuseurs non seulement effectuent la télécommunication d’œuvres musicales dans le cadre de la diffusion d’une émission, mais aussi confectionnent des copies d’émissions — et, par conséquent, de la musique que celles-ci contiennent — à des fins d’utilisation interne. Dans les cas où elles visent à faciliter la diffusion, ces copies peuvent être qualifiées de copies accessoires de diffusion.

[2] La confection de copies d’une œuvre protégée par un droit d’auteur met en jeu le droit de reproduction, qui appartient, lui aussi, exclusivement au titulaire du droit d’auteur. Le présent pourvoi porte sur le rapport qui existe entre les copies accessoires de diffusion et le droit de reproduction visé à l’al. 3(1)d) de la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42 (« LDA » ou « Loi »).

[3] Lorsqu’en 2012, elle a été appelée à fixer les modalités afférentes à la licence conclue entre la Société Radio-Canada (« SRC ») et la SODRAC 2003 Inc. ainsi que la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) Inc. (collectivement « SODRAC ») pour la période de 2008 à 2012, la Commission du droit d’auteur a conclu que l’activité de la SRC consistant à faire des copies accessoires de diffusion mettait en cause le droit de reproduction. En outre, selon elle, on ne pouvait inférer des licences de synchronisation visant le processus de production l’existence d’une licence permettant à la SRC de faire de telles copies. Ainsi, pour la Commission, la SRC devait obtenir une licence de reproduction distincte pour légitimer ses activités de confection de copies accessoires de

with a list of activities, including the production of CBC's in-house programs and the broadcasting of programs on CBC's television services and on the Internet: *Licence authorizing the Canadian Broadcasting Corporation to reproduce works in the repertoire of SODRAC for the period from November 14, 2008 to March 31, 2012* (online) ("2008-2012 statutory licence" or "2008-2012 licence"), s. 2.01.

[4] It later issued an interim licence to take effect after the expiry of the 2008-2012 licence that extended the terms of that licence on an interim basis, subject to minor modifications. The Federal Court of Appeal upheld both the 2008-2012 licence and the interim licence that followed, subject to minor amendments.

[5] The Board was correct in finding that broadcast-incidental copying engages the reproduction right, consistent with this Court's decision in *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467, and the context of the statutory scheme set out in the *Copyright Act*. Though this Court's subsequent decisions in *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336, and *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231 ("ESA"), have refined our understanding of the purposes of copyright law, the central holding in *Bishop*, that ephemeral copies engage the reproduction right, remains sound. I further agree with the Board and the Federal Court of Appeal that a licence to make broadcast-incidental copies should not be implied from synchronization licences issued by SODRAC.

[6] However, in my respectful opinion, the Board erred in failing to consider the principles of technological neutrality and balance in setting the valuation

diffusion. Après avoir conclu également qu'il convenait d'attribuer à cette licence une valeur plus que symbolique, la Commission a octroyé à la SRC une licence l'autorisant à reproduire des œuvres tirées du répertoire de la SODRAC en conjonction avec une liste d'activités, y compris la production des émissions maison de la SRC et la diffusion d'émissions sur ses services de télévision et sur Internet : *Licence autorisant la Société Radio-Canada à reproduire les œuvres faisant partie du répertoire de la SODRAC entre le 14 novembre 2008 et le 31 mars 2012* (en ligne) (« licence légale 2008-2012 » ou « licence 2008-2012 »), art. 2.01.

[4] La Commission a subséquemment délivré une licence provisoire devant prendre effet après l'expiration de la licence 2008-2012 et proroger les modalités de cette dernière à titre provisoire, sous réserve de modifications mineures. La Cour d'appel fédérale a maintenu la licence 2008-2012 ainsi que la licence provisoire qui a suivi, sous réserve de modifications mineures.

[5] La Commission a conclu à juste titre que l'activité consistant à faire des copies accessoires de diffusion met en cause le droit de reproduction, une décision conforme à la décision de la Cour dans l'arrêt *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, et avec le régime législatif mis en place par la LDA. Si les décisions rendues subséquemment par la Cour dans les arrêts *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, et *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231 (« ESA »), ont précisé notre compréhension des objectifs du droit d'auteur, la conclusion centrale de l'arrêt *Bishop*, soit que les copies éphémères mettent en cause le droit de reproduction, demeure valide. En outre, j'estime, à l'instar de la Commission et de la Cour d'appel fédérale, qu'il faut se garder d'inférer des licences de synchronisation octroyées par la SODRAC l'existence de licences autorisant la confection de copies accessoires de diffusion.

[6] Cela dit, à mon avis, la Commission aurait dû prendre en considération les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre pour

of this licence. I would remit this matter to the Board for reconsideration of the valuation of the 2008-2012 licence for CBC's television and Internet broadcast- incidental copies applying the principles of technological neutrality and balance. Because the interim licence that followed was based on the terms of the 2008-2012 licence, I would also set it aside and remit it for redetermination.

I. Facts

[7] The appellant CBC is both a producer and a broadcaster of television programs: it broadcasts its own original programs as well as those that it has licensed or bought from third parties, and it shows these programs on television and the Internet. Where a program contains copyright-protected musical works, CBC must ensure that it has secured all necessary licences for that work in order to reproduce and broadcast the work as part of a television program. Production and broadcasting may implicate both reproduction and the telecommunication rights in a work. This appeal is concerned primarily with the reproduction right established by s. 3(1)(d) of the *Copyright Act*.

[8] The respondent the Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (SODRAC) Inc. is a collective society organized to manage the reproduction rights of its members. Its focus is on French-language music reproduction rights. Its members assign their reproduction rights to the collective society, which then stands in place of individual right holders in negotiations with parties who seek permission to reproduce works in its repertoire. This repertoire comprises the majority of French-language works written by Canadians.

déterminer la valeur de cette licence. Ainsi, je suis d'avis de lui renvoyer le dossier pour qu'elle applique ces principes dans le cadre d'un nouvel examen de la valeur de la licence 2008-2012 pour les copies accessoires de diffusion aux fins des services de télévision et sur Internet de la SRC. Puisqu'elle reposait sur les modalités de la licence 2008-2012, j'estime que la licence provisoire délivrée subséquentement doit être annulée et renvoyée devant la Commission pour faire l'objet d'une nouvelle décision.

I. Faits

[7] L'appelante, la SRC, est à la fois un producteur et un diffuseur d'émissions de télévision : elle diffuse ses propres émissions originales ainsi que celles qui lui sont cédées par licence ou qu'elle achète auprès de tierces parties, et elle le fait à la télévision et sur Internet. Lorsqu'une émission contient des œuvres musicales protégées par un droit d'auteur, la SRC doit veiller à obtenir toutes les licences nécessaires relativement à ces œuvres pour pouvoir en effectuer la reproduction et la diffusion dans le cadre d'une émission de télévision. La production et la diffusion peuvent mettre en cause à la fois le droit de reproduction et le droit de télécommunication d'une œuvre. Le présent pourvoi s'intéresse principalement au droit de reproduction visé à l'al. 3(1)d) de la *LDA*.

[8] L'intimée la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) Inc. est une société collective constituée pour assurer la gestion des droits de reproduction de ses membres. Elle s'intéresse surtout aux droits de reproduction de la musique de langue française. Ses membres lui cèdent leurs droits de reproduction, puis elle agit pour le compte des titulaires de droits individuels dans le cadre des négociations qu'elle mène avec des parties qui souhaitent obtenir la permission de reproduire des œuvres comprises dans son répertoire. Ce dernier comprend la majorité des œuvres de langue française composées par des Canadiens.

A. *Synchronization Copies and Broadcast-Incidental Copies*

[9] A producer who wishes to use a musical work in an audiovisual program must incorporate that work into the production copy of the program, a process known in the industry as “synchronization”. The parties do not dispute that the synchronization process is an exercise of the reproduction right, and thus requires a licence if the musical work being incorporated is under copyright. Once the synchronization process is complete, the final product is referred to as a “master” copy. Where the producer is not also a broadcaster, this copy is then passed on once the program has been sold or licensed to a broadcaster.

[10] Once CBC is in possession of the master copy of a program, whether it has been produced in-house or by an independent producer, the master copy is loaded into CBC’s digital content management system, a practice that has become widespread among broadcasters in recent years. Digital systems generally involve the storage of copies as electronic files on hard drives, while older analog systems stored copies on physical tapes. CBC makes use of its digital content management system to perform a number of functions that help prepare a program for broadcast.

[11] These processes result in the creation of several copies, which are at the heart of this appeal. The parties refer to these copies as “broadcast-incidental copies”. Broadcast-incidental copies may be made for several purposes. For example, a copy may be made to reformat the master copy to suit CBC’s technical requirements, or to edit the copy for timing, language or closed captioning purposes. One or more additional copies may also be made to allow for screening of the program by various teams within CBC before broadcast.

A. *Les copies de synchronisation et les copies accessoires de diffusion*

[9] Le producteur qui souhaite se servir d’une œuvre musicale dans une émission audiovisuelle doit incorporer cette œuvre dans la copie de production de l’émission, un processus que les initiés appellent la « synchronisation ». Les parties ne contestent pas que le processus de synchronisation constitue un exercice du droit de reproduction et qu’il requière l’octroi d’une licence si l’œuvre musicale qui est incorporée est protégée par un droit d’auteur. Le produit créé grâce au processus de synchronisation est appelé la copie « maîtresse ». Si le producteur n’est pas un diffuseur, cette copie est transmise lors de la vente ou de la concession en licence de l’émission à un diffuseur.

[10] Dès qu’elle est en possession de la copie maîtresse d’une émission — que celle-ci ait été conçue à l’interne ou par un producteur indépendant —, la SRC l’intègre dans son système de gestion du contenu numérique, une pratique qui s’est répandue chez les diffuseurs au cours des dernières années. Les systèmes numériques supposent généralement que des copies soient entreposées sur des disques durs sous forme de fichiers électroniques, tandis que les systèmes analogiques plus anciens supposaient un entreposage des copies sur des rubans physiques. La SRC se sert de son système de gestion du contenu numérique pour exécuter un certain nombre de fonctions dans le cadre de la préparation d’une émission en vue de sa diffusion.

[11] Ces processus donnent lieu à la création de plusieurs copies, celles qui sont au cœur du présent pourvoi. Les parties les appellent : « copies accessoires de diffusion ». Celles-ci peuvent être faites à plusieurs fins, par exemple pour reformater la copie maîtresse afin qu’elle corresponde aux exigences techniques de la SRC, ou encore pour la modifier à des fins de synchronisation, de langue ou de sous-titrage codé. Une ou plusieurs copies supplémentaires peuvent aussi être faites pour que diverses équipes de la SRC puissent visionner l’émission avant sa diffusion.

B. *Licensing Practices*

[12] Broadly speaking, reproduction licences may take two forms: transactional or blanket. In a transactional licence, a prospective user seeks out the holder of the reproduction right in a particular work that the producer wishes to include in a program and negotiates an individual licence agreement. Blanket licences are negotiated between a producer and a collective society, and grant the producer the right to reproduce all works within the collective's repertoire, subject to the negotiated terms of the licence.

[13] Parties negotiating a reproduction licence may also choose to structure it as a "through-to-the-viewer" licence, in which the right holder grants the authority to make all reproductions necessary to take a program from production through to its ultimate broadcast to viewers. Alternately, they may choose to structure it as a "bare" synchronization licence, which grants the authority to make synchronization copies but does not cover additional copies made to facilitate broadcasting: decision of the Copyright Board, file Nos. 70.2-2008-01, 70.2-2008-02, November 2, 2012 (online) ("Statutory Licence Decision"), at paras. 15-16. As will be discussed below, however, CBC disputes whether bare synchronization licences are possible, or whether they must include an implied licence to make broadcast-incidental copies.

[14] Where CBC acts as a producer, its practice has been to seek transactional synchronization licences from individual right holders where possible. When synchronizing French-language music, SODRAC exercises collective authority over the substantial majority of such works, and CBC has used blanket licences. Where CBC acts as a broadcaster of third party programs, it does not seek synchronization licences, as those licences will have

B. *Les pratiques de concession de licences*

[12] De façon générale, les licences de reproduction peuvent revêtir deux formes : soit elles sont ponctuelles, soit elles sont générales. Dans le cas d'une licence ponctuelle, l'utilisateur éventuel s'adresse au titulaire du droit de reproduction d'une œuvre en particulier que le producteur souhaite inclure dans une émission et il négocie un accord de licence individuel. Pour sa part, une licence générale est négociée entre un producteur et une société de gestion et elle accorde au producteur le droit de reproduire toutes les œuvres comprises dans le répertoire collectif, sous réserve des modalités négociées prévues dans la licence.

[13] Les parties qui négocient une licence de reproduction peuvent aussi choisir de structurer celle-ci comme une licence « libre de tous droits ». Dans ce cas, le titulaire d'un droit accorde l'autorisation de faire toutes les reproductions nécessaires pour mener une émission de l'étape de la production jusqu'à celle de sa diffusion à l'intention des téléspectateurs. Les parties peuvent également choisir de structurer cette licence comme une « simple » licence de synchronisation. Dans ce cas, le texte accorde l'autorisation de faire des copies de synchronisation, mais ne couvre pas les copies supplémentaires visant à faciliter la diffusion : décision de la Commission du droit d'auteur, dossiers n^{os} 70.2-2008-01, 70.2-2008-02, 2 novembre 2012 (en ligne) (« Décision sur la licence légale »), par. 15-16. Ainsi qu'il en sera question plus loin, la SRC conteste que les simples licences de synchronisation en question puissent exister, et en infère que les licences de synchronisation sont nécessairement assorties d'une licence implicite de faire des copies accessoires de diffusion.

[14] Si elle agit à titre de productrice, la SRC a comme pratique de tenter d'obtenir, dans la mesure possible, des licences de synchronisation ponctuelles auprès de chacun des titulaires d'un droit. Lorsqu'elle synchronise de la musique de langue française, la SRC utilise des licences générales, la SODRAC exerçant un pouvoir collectif à l'égard d'une importante majorité de telles œuvres. Lorsqu'elle agit à titre de diffuseur d'émissions de

been obtained by the producer before the final master copy of the program is handed over to CBC.

[15] The issues in dispute on appeal arise in part from the history of dealings between CBC and SODRAC with regard to reproduction licences. It is helpful to review this history in understanding the arguments presented by both parties.

[16] In 1990, this Court, per McLachlin J. (as she then was), issued its decision in *Bishop*, holding that “the right to broadcast a performance under s. 3(1) of the Act does not include the right to make ephemeral recordings for the purpose of facilitating the broadcast”: p. 485. Thus, reproductions made to facilitate broadcasting need to be authorized separate from the authorization to broadcast a performance to the public.

[17] Following *Bishop*, in 1992, CBC and SODRAC first entered into a negotiated licence agreement permitting CBC to make synchronization copies and other reproductions of works within the SODRAC repertoire: *Convention concernant la télévision et la radio entre la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) et la Société Radio-Canada*, March 19, 1992 (“1992 Licence”), A.R., vol. IV, at p. 1. This agreement did not disaggregate synchronization copies and broadcast-incident copies, but rather granted to CBC the authority to make any copies of works in SODRAC’s repertoire in connection with its broadcasting activities: 1992 Licence, art. 2. The 1992 Licence was thus a blanket, through-to-the-viewer licence. This licence also extended upstream authorization to third party producers to make synchronization copies in works commissioned for broadcast by CBC: Statutory Licence Decision, at para. 72.

[18] In 1998, SODRAC began to differentiate between synchronization copies made by producers

tierces parties, la SRC ne tente pas d’obtenir de licences de synchronisation, car celles-ci ont déjà été obtenues par le producteur avant que la copie maîtresse définitive de l’émission ne lui soit remise pour qu’elle la diffuse.

[15] Les questions en litige en appel découlent en partie de l’historique des ententes conclues entre la SRC et la SODRAC en ce qui concerne les licences de reproduction. Il est utile de passer cet historique en revue pour comprendre les arguments avancés par l’une et l’autre partie.

[16] En 1990, sous la plume de la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), la Cour a rendu dans *Bishop* une décision selon laquelle « le droit de diffuser l’exécution d’une œuvre en vertu du par. 3(1) de la Loi ne comporte pas le droit de faire des enregistrements éphémères afin de faciliter la radiodiffusion » : p. 485. Ainsi, l’autorisation d’effectuer des reproductions visant à faciliter la diffusion doit être accordée séparément de l’autorisation de diffuser une exécution à l’intention du public.

[17] En 1992, la SRC et la SODRAC ont, dans un premier temps, conclu un accord de licence négocié permettant à la SRC de faire des copies de synchronisation et autres reproductions d’œuvres comprises dans le répertoire de la SODRAC : *Convention concernant la télévision et la radio entre la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) et la Société Radio-Canada*, 19 mars 1992 (« Licence 1992 »), d.a., vol. IV, p. 1. Plutôt que d’établir une distinction entre les copies de synchronisation et les copies accessoires de diffusion, cette convention permettait à la SRC de faire tous types de copies d’œuvres relevant du répertoire de la SODRAC pour ses activités de diffusion : Licence 1992, art. 2. Cette licence était donc une licence générale, libre de tous droits. Elle avait également pour effet d’accorder aux producteurs tiers l’autorisation en amont de faire des copies de synchronisation d’œuvres commandées pour télédiffusion par la SRC : Décision sur la licence légale, par. 72.

[18] En 1998, la SODRAC a commencé à distinguer les copies de synchronisation effectuées par

and copies for other purposes made by broadcasters. It did so by announcing its intent to require producers to obtain synchronization licences, though it granted such licences for free where programs were commissioned by broadcasters who held licences to SODRAC's repertoire, on the understanding that the broadcaster had paid for the licence necessary to cover the producer's copying: Statutory Licence Decision, at para. 72.

[19] In or about 2006, SODRAC began asking producers to pay for their synchronization licences. These licences were structured to permit producers to make synchronization copies, but virtually all of them expressly barred producers from authorizing further downstream copying by broadcasters: Statutory Licence Decision, at para. 73.

[20] In November 2008, after SODRAC and CBC were unable to come to an agreement for the renewal of CBC's existing licence, SODRAC asked the Board, pursuant to s. 70.2 of the *Copyright Act*, to set the terms of a licence between the parties covering the reproduction by CBC of works in SODRAC's repertoire for the period from November 14, 2008 to March 31, 2012: Statutory Licence Decision, at para. 3.

II. Proceedings Below

A. *Statutory Licence Decision*

[21] The Board issued its decision regarding the terms of the 2008-2012 statutory licence between CBC and SODRAC on November 2, 2012. This decision also set the terms of a licence between Les Chaînes Télé Astral and Teletoon ("Astral") and SODRAC, and of a tariff covering certain reproduction activities related to the distribution of cinematographic works. Neither the Astral licence nor the tariff is at issue before this Court.

les producteurs des copies faites à d'autres fins par les diffuseurs. En effet, elle a fait part de son intention d'exiger des producteurs qu'ils obtiennent des licences de synchronisation, bien qu'elle ait octroyé de telles licences gratuitement lorsque les émissions étaient commandées par des diffuseurs détenant des licences à l'égard du répertoire de la SODRAC, étant entendu que ceux-ci avaient payé la licence dont ils avaient besoin pour couvrir les activités de confection de copies du producteur : Décision sur la licence légale, par. 72.

[19] En 2006 ou vers 2006, la SODRAC a commencé à demander aux producteurs de payer leurs licences de synchronisation. Ces licences étaient structurées de manière à permettre aux producteurs de faire des copies de synchronisation, mais pour ainsi dire toutes ces licences leur interdisaient expressément d'autoriser la confection en aval de copies supplémentaires par les diffuseurs : Décision sur la licence légale, par. 73.

[20] En novembre 2008, après que la SODRAC et la SRC eurent été incapables d'en arriver à une entente sur le renouvellement de la licence de la SRC existante, la SODRAC a demandé à la Commission, en application de l'art. 70.2 de la *LDA*, de fixer les modalités d'une licence entre les parties couvrant la reproduction par la SRC d'œuvres relevant du répertoire de la SODRAC pour la période allant du 14 novembre 2008 au 31 mars 2012 : Décision sur la licence légale, par. 3.

II. Les instances inférieures

A. *Décision sur la licence légale*

[21] La Commission a rendu sa décision sur les modalités de la licence légale 2008-2012 entre la SRC et la SODRAC le 2 novembre 2012. Dans cette décision, elle a également fixé les modalités d'une licence conclue entre Les Chaînes Télé Astral et Télétoon (« Astral ») et la SODRAC ainsi que le tarif couvrant certaines activités de reproduction relatives à la distribution d'œuvres cinématographiques. Ni la licence d'Astral ni le tarif ne sont en litige devant la Cour.

[22] The Board conducted its analysis from the understanding that broadcast-incidental copies are reproductions within the meaning of the *Copyright Act*, and that they are not subject to an exception for ephemeral copies under the Act: see Statutory Licence Decision, at paras. 12 and 72.

[23] CBC and Astral argued in part that SODRAC's layered licence strategy — under which both producers and broadcasters would each be expected to pay a licence fee for their respective reproduction activities — went against prevailing industry practice, and was inconsistent with a through-to-the-viewer licensing approach: Statutory Licence Decision, at paras. 41-42 and 65. The Board remarked that the focus in this proceeding “must be to a large extent on SODRAC's practices”: Statutory Licence Decision, at para. 64. Broader licensing practices were relevant, but not dispositive.

[24] The Board found that “outright [through-to-the-viewer] buyouts are not the dominant model in Canada”, and that SODRAC “has issued few, if any, through-to-the-viewer [licences]”: Statutory Licence Decision, at para. 71. Thus, the Board did not find that the weight of industry practice or of SODRAC's past practices established through-to-the-viewer licensing as a binding norm that would invalidate a layered approach to licensing.

[25] The Board turned to the question of how royalty payments under the licence should be valued. Regarding the relationship between technological innovation and licence valuation, the Board observed that

[t]he adoption of copy-dependent technologies allows broadcasters to remain competitive and to protect their core business even when it does not generate direct profits.

[22] La Commission a procédé à son analyse étant entendu que les copies accessoires de diffusion sont des reproductions au sens de la *LDA* et qu'elles ne sont pas visées par une exception touchant les copies éphémères prévue par la *Loi* : Décision sur la licence légale, par. 12 et 72.

[23] La SRC et Astral ont fait valoir notamment que la stratégie de la SODRAC d'octroyer des licences à plusieurs niveaux — suivant laquelle tant les producteurs que les diffuseurs doivent acquitter des redevances pour mener leurs activités de reproduction respectives — ne concordait pas avec la pratique en vigueur dans ce secteur d'activités et n'était pas conforme à une méthode de concession de licences libres de tous droits : Décision sur la licence légale, par. 41-42 et 65. La Commission a fait remarquer que, dans l'instance qui nous intéresse, « il faut s'attacher principalement aux pratiques de la SODRAC » : Décision sur la licence légale, par. 64. En outre, selon la Commission, si elles sont pertinentes, les pratiques plus générales de concession de licences ne tranchent cependant pas le débat.

[24] La Commission a conclu que « les licences définitives [libres de tous droits] ne constituent pas le modèle dominant au Canada » et que la SODRAC « a délivré très peu, s'il en est, de licences libres de tous droits » : Décision sur la licence légale, par. 71. Donc, selon la Commission, ni le poids de la pratique dans ce domaine d'activités ni celui des pratiques passées de la SODRAC ne permettraient de revêtir l'octroi de licences libres de tous droits du caractère d'une norme obligatoire qui invaliderait la méthode de concession de licences à plusieurs niveaux.

[25] La Commission s'est ensuite penchée sur la manière de déterminer les redevances payables en application de la licence. En ce qui concerne la relation entre l'innovation technologique et l'évaluation de la licence, la Commission a signalé ce qui suit :

L'adoption de technologies nécessitant la réalisation de copies permet aux télédiffuseurs de demeurer concurrentiels et de protéger leurs activités principales même

These technologies are necessary for Astral and CBC to remain relevant so that services continue to be seen by the public. These are clear benefits arising from the copy-dependent technologies. Since these technologies involve the use of additional copies, some of the benefits associated with the technologies must be reflected in the remuneration that flows from these incidental, additional copies. [Endnote omitted; para. 81.]

[26] The Board set out its analysis of the appropriate valuation of the royalties covering CBC's television-related copying activity. Regarding the broadcast-incidental copies at issue before this Court, the Board employed a ratio methodology and found that the appropriate royalty payable to SODRAC for these reproductions was to be determined as a percentage of the royalties CBC paid to secure communication rights for music that it broadcast on radio and television: Statutory Licence Decision, at paras. 108-9. The Board applied its reasoning regarding television broadcast-incidental copies to copies related to Internet delivery as well: Statutory Licence Decision, at para. 148.

B. *Interim Licence Decision*

[27] Following the release of its final decision regarding the 2008-2012 licence, the Board issued an interim decision in January 2013 extending the terms of the 2008-2012 licence on an interim basis pending the Board's final determination of appropriate licence terms for the period from April 1, 2012 to March 31, 2016: Copyright Board file No. 70.2-2012-01, January 16, 2013 (online) ("Interim Licence Decision").

[28] In the Interim Licence Decision, the Board observed that "the best way to achieve the objectives of an interim decision is to maintain the status quo while avoiding a legal vacuum", though circumstances may sometimes warrant a departure from the status quo: Interim Licence Decision, at para. 18. The Board then found that the 2008-2012

lorsque ces copies ne génèrent pas de bénéfices directs. Astral et la SRC ont besoin de ces technologies pour demeurer pertinents et que le public continue de les visionner. Il s'agit de nets bénéfiques découlant de technologies nécessitant la réalisation de copies. Puisque ces technologies supposent l'utilisation de copies supplémentaires, certains des avantages associés à ces technologies doivent se refléter dans la rémunération découlant de ces copies accessoires supplémentaires. [Note en fin d'ouvrage omise; par. 81.]

[26] La Commission a énoncé son analyse de l'évaluation applicable des redevances couvrant la confection pour la télévision de copies par la SRC. En ce qui concerne les copies accessoires de diffusion en cause devant la Cour, la Commission a retenu une méthodologie privilégiant le ratio et en est arrivée à la conclusion que les redevances payables à la SODRAC au titre de ces reproductions devaient être fixées en tant que pourcentage des redevances que la SRC avait dû verser pour obtenir le droit de communiquer la musique qu'elle diffusait à la radio et à la télévision : Décision sur la licence légale, par. 108-109. La Commission a appliqué aux copies se rapportant à la diffusion sur Internet le même raisonnement qu'elle a suivi à l'égard des copies accessoires de diffusion télévisuelle : Décision sur la licence légale, par. 148.

B. *Décision sur la licence provisoire*

[27] Après avoir rendu une décision finale sur la licence 2008-2012, soit en janvier 2013, la Commission a rendu une décision provisoire qui maintenait l'effet des modalités de la licence 2008-2012 à titre provisoire jusqu'à ce qu'elle se prononce définitivement sur les modalités dont il fallait assortir la licence pour la période allant du 1^{er} avril 2012 au 31 mars 2016 : dossier de la Commission du droit d'auteur n° 70.2-2012-01, 16 janvier 2013 (en ligne) (« Décision sur la licence provisoire »).

[28] Dans la Décision sur la licence provisoire, la Commission a fait remarquer que « la meilleure façon d'atteindre les objectifs d'une décision provisoire est de maintenir le *statu quo* tout en évitant un vide juridique », bien que les circonstances puissent parfois justifier une dérogation au *statu quo* : Décision sur la licence provisoire, par. 18. La Commission

licence was a more appropriate representation of the status quo than the 1992 agreement that preceded it: Interim Licence Decision, at para. 19.

[29] Accordingly, the terms of the 2008-2012 licence were used to frame the interim licence. This structure included, among other things, a blanket synchronization fee, despite CBC's expressed desire to move to a transactional model: Interim Licence Decision, at para. 8.

C. *Federal Court of Appeal, 2014 FCA 84, [2015] 1 F.C.R. 509* ("FCA Decision")

[30] The principal argument before the Federal Court of Appeal concerned whether the Board's Statutory Licence Decision was inconsistent with the principle of technological neutrality as discussed by this Court in *ESA*: FCA Decision, at para. 26.

[31] In analyzing the Board's approach to valuing broadcast-incidental copies, the Federal Court of Appeal cited as a fundamental proposition the notion that,

if technological advances require the making of more copies of a musical work in order to get an audiovisual work that incorporates it to market, those additional copies add value to the enterprise. As a result, they attract additional royalties, not necessarily on a per-copy basis but on the basis of the additional value generated by those copies. Simply put, more copies mean more value and thus, more royalties. [para. 28]

It discussed the statements in *ESA* concerning the nature of technological neutrality, but did not find sufficient guidance to warrant its application to the facts of this case: paras. 40 and 44.

[32] The Federal Court of Appeal affirmed the Board's Statutory Licence Decision, subject to one

a ensuite conclu que la licence 2008-2012 représentait davantage le statu quo que l'accord de 1992 qui l'avait précédée : *Décision sur la licence provisoire*, par. 19.

[29] Les modalités de la licence 2008-2012 ont donc servi à encadrer la licence provisoire. Cette structure incluait entre autres choses des frais généraux de synchronisation, en dépit de la volonté exprimée par la SRC d'adhérer à un modèle ponctuel : *Décision sur la licence provisoire*, par. 8.

C. *Cour d'appel fédérale, 2014 CAF 84, [2015] 1 R.C.F. 509* (« *Décision de la CAF* »)

[30] Le principal argument avancé devant la Cour d'appel fédérale posait la question de savoir si la *Décision sur la licence légale de la Commission* allait à l'encontre du principe de neutralité technologique que la Cour a formulé dans l'arrêt *ESA* : *Décision de la CAF*, par. 26.

[31] Dans son analyse de la méthode d'évaluation des copies accessoires de diffusion retenue par la Commission, la Cour d'appel fédérale a cité comme étant une proposition fondamentale la notion selon laquelle,

si l'évolution technologique fait en sorte qu'il est nécessaire de faire plus de copies d'une œuvre musicale afin que l'œuvre audiovisuelle dans laquelle cette œuvre musicale est incorporée puisse être vendue, ces copies additionnelles ajoutent à la valeur de l'entreprise. Elles donnent donc droit à des redevances additionnelles qu'il ne convient pas nécessairement de calculer selon un taux par copie, mais plutôt selon un taux fondé sur la valeur additionnelle générée par ces copies. En termes simples, plus de copies signifie plus de valeur, et donc plus de redevances. [par. 28]

Si elle a analysé les remarques formulées dans l'arrêt *ESA* sur la nature de neutralité technologique, la Cour d'appel fédérale n'y a cependant pas vu suffisamment d'indications justifiant son application aux faits de la présente affaire : par. 40 et 44.

[32] La Cour d'appel fédérale a confirmé la *Décision sur la licence légale de la Commission*, sous

technical amendment to the discount formula intended to capture CBC's use of songs already subject to through-to-the-viewer licences: paras. 78-82. The court also affirmed the Board's Interim Licence Decision: paras. 93-94.

III. Issues

[33] This appeal raises the following issues:

- (1) What is the appropriate standard of review?
- (2) Do broadcast-incidental copies engage the reproduction right, and if so, should a licence for such copies be implied in synchronization licences?
- (3) If a licence for broadcast-incidental copies was required, did the Board err in setting the value of that licence in view of the principles of technological neutrality and balance?
- (4) Did the Board err in setting the terms of the interim licence?

IV. Statutory Provisions

[34] The relevant statutory provisions are set out in the Appendix. The provisions most directly at issue in this appeal are ss. 3(1)(d), 30.7, 30.8, 30.9 and 70.2 of the *Copyright Act*.

V. Analysis

A. *Standard of Review*

[35] Whether broadcast-incidental copies engage the reproduction right, and thus whether the *Copyright Act* allows SODRAC to seek a licence for CBC's broadcast-incidental copying, is a question of law. This Court has established that there is a presumption that the decisions of administrative

réserve d'une modification technique de la formule de calcul de l'escompte prenant en compte l'utilisation par la SRC de chansons faisant déjà l'objet de licences libres de tous droits : par. 78-82. La cour a également confirmé la Décision sur la licence provisoire de la Commission : par. 93-94.

III. Questions en litige

[33] Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

- (1) Quelle est la norme de contrôle applicable?
- (2) Les copies accessoires de diffusion déclenchent-elles l'application du droit de reproduction et, si oui, y a-t-il lieu d'inférer des licences de synchronisation l'existence d'une licence de confection de telles copies?
- (3) Si une licence relative à des copies accessoires de diffusion était requise, la Commission a-t-elle commis une erreur en fixant la valeur de cette licence compte tenu des principes de neutralité technologique et de mise en équilibre?
- (4) La Commission a-t-elle commis une erreur dans la formulation des modalités afférentes à la licence provisoire?

IV. Dispositions législatives

[34] Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites en annexe. Celles qui sont les plus directement en cause dans le présent pourvoi sont l'al. 3(1)d) et les art. 30.7, 30.8, 30.9 et 70.2 de la *LDA*.

V. Analyse

A. *La norme de contrôle*

[35] La question de savoir si les copies accessoires de diffusion mettent en cause le droit de reproduction, et donc de savoir si la *LDA* permet à la SODRAC de chercher à obtenir une licence pour les copies accessoires de diffusion de la SRC, est une question de droit. La Cour a établi qu'il existe

bodies should receive deference when interpreting or applying their home statute. However, because of the “unusual statutory scheme under which the Board and the court may each have to consider the same legal question [under the *Copyright Act*] at first instance”, the presumption is rebutted here: *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283, at para. 15. Thus, a standard of correctness applies to this issue.

[36] Whether a licence for CBC’s broadcast-incidental copying is implied in the associated synchronization licences involves both the scope of the reproduction right and the interpretation of SODRAC’s synchronization licences. As this Court has recently observed, “[c]ontractual interpretation involves issues of mixed fact and law as it is an exercise in which the principles of contractual interpretation are applied to the words of the written contract, considered in light of the factual matrix”: *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, at para. 50. The licences here fall under that principle. Accordingly, a standard of reasonableness applies when reviewing the Board’s determination regarding what may be implied from the relevant synchronization licences.

[37] The Board’s decision establishing the monetary value of a broadcast-incidental copying licence involves the examination of how the user intends to make use of the licensed works in light of the legal principles relevant to the reproduction right, and thus involves questions of mixed fact and law. Accordingly, a standard of reasonableness applies: *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161, at para. 40; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at para. 26.

une présomption selon laquelle il faut faire preuve d’une certaine retenue à l’endroit des décisions des organismes administratifs lorsqu’ils interprètent ou appliquent leur loi constitutive. Toutefois, étant donné le « caractère particulier du régime législatif en vertu duquel la Commission et une cour de justice peuvent être respectivement appelées à statuer en première instance sur un même point de droit [sous le régime de la LDA] », cette présomption est réfutée en l’espèce : *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, par. 15. La norme de la décision correcte s’applique donc à l’égard de cette question.

[36] La question de savoir si une licence permettant à la SRC de faire des copies accessoires de diffusion s’infère des licences de synchronisation qui y sont associées met en cause à la fois la portée du droit de reproduction et l’interprétation des licences de synchronisation de la SODRAC. Ainsi que la Cour l’a fait remarquer récemment, « [I]’interprétation contractuelle soulève des questions mixtes de fait et de droit, car il s’agit d’en appliquer les principes aux termes figurant dans le contrat écrit, à la lumière du fondement factuel » : *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, par. 50. Les licences en cause en l’espèce sont visées par ce principe. Par conséquent, la norme de la décision raisonnable s’applique aux fins de contrôler la décision de la Commission sur ce que l’on peut inférer des licences de synchronisation en cause.

[37] La décision par laquelle la Commission fixe la valeur monétaire d’une licence de confection de copies accessoires de diffusion emporte l’examen de la manière dont l’utilisateur entend utiliser les œuvres visées par la licence à la lumière des principes juridiques pertinents relativement au droit de reproduction, et soulève donc des questions mixtes de fait et de droit. C’est pourquoi la norme de la décision raisonnable s’applique à cet égard : *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161, par. 40; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 26.

[38] CBC challenges the Board's interim order on two points. First, CBC argues that the 2008-2012 licence was not an appropriate status quo baseline for the interim licence. The selection of the baseline involves the exercise of the Board's discretion to issue an interim licence under s. 66.51 of the *Copyright Act*. This exercise of discretion is not shared with the courts, and thus will be reviewed on a reasonableness standard.

[39] The second basis on which CBC challenges the interim order concerns whether the Board may impose a blanket synchronization licence on a user against that user's wishes. CBC characterizes this as a question of the Board's jurisdiction to issue certain types of licences, and argues that it should be reviewed for correctness. While it is possible to frame any interpretation of a tribunal's home statute as a question of whether the tribunal has the jurisdiction to take a particular action, this Court has rejected this definition of jurisdiction in the context of standard of review and emphasized that the category of "true questions of jurisdiction", if it exists at all, is narrow: *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 34. As in *Alberta Teachers' Association*, the parties have not presented argument on the question of whether the category of true questions of jurisdiction should continue to be recognized. Assuming such questions exist, this issue is not one of the "exceptional" instances of a true question of jurisdiction.

[40] The question of whether the Board is generally able to impose blanket synchronization licences under the *Copyright Act* against the wishes of a licensee is nonetheless a question of law, but it is not an interpretive question the Board shares with the courts at first instance: the courts can be seized of the question of whether the Board acted properly

[38] La SRC conteste l'ordonnance provisoire de la Commission sur deux points. Tout d'abord, elle fait valoir que la licence 2008-2012 n'était pas un point de référence du statu quo adéquat pour la licence provisoire. Le choix de ce point de référence emporte l'exercice par la Commission du pouvoir discrétionnaire d'octroyer une licence provisoire que lui confère l'art. 66.51 de la *LDA*. Comme elle n'exerce pas ce pouvoir discrétionnaire en conjonction avec les cours de justice, sa décision à cet égard sera contrôlée selon la norme de la décision raisonnable.

[39] Le deuxième motif pour lequel la SRC conteste l'ordonnance provisoire porte sur la question de savoir si la Commission peut imposer une licence de synchronisation générale à un utilisateur contre son gré. La SRC affirme que cette question touche la compétence de la Commission de délivrer certains types de licences et fait valoir qu'elle devrait être contrôlée selon la norme de la décision correcte. S'il est vrai qu'il est possible de formuler toute question d'interprétation de la loi constitutive d'un tribunal administratif comme étant une question de savoir si celui-ci est compétent pour prendre une mesure en particulier, la Cour a rejeté cette définition de la compétence dans le contexte de la décision quant à la norme de contrôle applicable et souligné que la catégorie des « véritables questions de compétence », si tant est qu'elle existe, est restrictive : *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 34. Comme dans cette affaire, les parties en l'espèce n'ont présenté aucun argument sur la question de savoir si la catégorie des véritables questions de compétence devrait encore être reconnue. À supposer que de telles questions existent, celle qui se pose en l'espèce ne relève pas des cas « exceptionnels » où se soulève une véritable question de compétence.

[40] La question de savoir si la Commission est généralement en mesure d'imposer des licences de synchronisation générales en vertu de la *LDA* contre le gré d'un titulaire de licence demeure néanmoins une question de droit, mais elle n'est pas une question d'interprétation sur laquelle la Commission peut se pencher en première instance en

in structuring a licence only once there is a Board-imposed licence to review. Accordingly, this issue attracts a standard of reasonableness.

[41] Justice Abella objects to the segmentation of issues for the purpose of standard of review analysis and to the confusion she says this causes. This is the same objection she raised in *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, a decision issued by this Court in April 2015. *Saguenay* is the controlling authority and, on the issue of standard of review, these reasons apply *Saguenay*.

[42] Justice Karakatsanis disagrees that a specific standard of review should be ascribed to each issue arising in the appeal. However, she herself extricates the question of whether broadcast-incidental copies engage the reproduction right. Then she says that a reasonableness standard applies to the balance of the decisions under review. She does not explain how she could come to that conclusion without considering the issues in the balance of the decisions under review. With respect, every standard of review analysis requires identification of the issues under review: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paras. 51-64. She has simply done implicitly what these reasons do explicitly.

B. *SODRAC May Choose to Require a Licence for CBC's Broadcast-Incidental Copies in Addition to Related Synchronization Licences*

(1) Broadcast-Incidental Copies Engage the Reproduction Right

[43] Section 3(1)(d) of the *Copyright Act* provides the copyright holder with the sole right “to make

conjonction avec les cours de justice; en effet, ces dernières peuvent être appelées à déterminer si la Commission a agi correctement en structurant une licence uniquement une fois qu'elle a imposé une telle licence. C'est pourquoi cette question emporte l'application de la norme de la décision raisonnable.

[41] La juge Abella s'oppose à la segmentation des questions aux fins de l'analyse de la norme de contrôle et à la confusion qui en découle selon elle. C'est le même argument que celui qu'elle a soulevé dans *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, une décision rendue par la Cour en avril 2015. Cet arrêt est celui qui fait autorité et, en ce qui a trait à la norme de contrôle, les présents motifs appliquent les principes qui y sont énoncés.

[42] La juge Karakatsanis n'est pas d'accord pour assigner une norme de contrôle donnée à chaque question soulevée dans le présent appel. Toutefois, elle-même, elle traite séparément de la question de savoir si les copies accessoires de diffusion mettent en jeu le droit de reproduction et affirme ensuite que c'est la norme de la décision raisonnable qui s'applique aux autres décisions faisant l'objet du contrôle. Elle n'explique pas comment elle a pu tirer cette conclusion sans examiner les questions soulevées par ces autres décisions. Soit dit en tout respect, toute analyse de la norme de contrôle requiert d'identifier les questions faisant l'objet du contrôle : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 51-64. La juge Karakatsanis a tout simplement fait implicitement ce que les présents motifs font explicitement.

B. *La SODRAC peut choisir d'exiger une licence pour les copies accessoires de diffusion de la SRC en plus des licences de synchronisation qui y sont associées*

(1) Les copies accessoires de diffusion mettent en jeu le droit de reproduction

[43] L'alinéa 3(1)d) de la *LDA* confère au titulaire du droit d'auteur sur une œuvre le droit exclusif

any sound recording, cinematograph film or other contrivance by means of which [a] work may be mechanically reproduced or performed”.

[44] SODRAC’s efforts to seek licence payments for CBC’s broadcast-incidental copying have their origins in this Court’s decision in *Bishop*. This Court held that the making of “ephemeral” copies — in that case, recordings of a musical performance made to facilitate a later broadcast — does engage the reproduction right under the language of s. 3(1)(d) of the *Copyright Act*, and that the right to make such copies is not implied by law in a broadcast licence: pp. 484-85.

[45] CBC’s principal argument on appeal is that broadcast-incidental copies do not engage the reproduction right, and thus do not support SODRAC’s efforts to seek licence fees for such copies. In so arguing, CBC places considerable weight on two general principles of Canadian copyright law: the balancing of user and right-holder interests as discussed by this Court in *Théberge* per Binnie J., and the principle of technological neutrality discussed most prominently by this Court in *ESA*. In CBC’s estimation, the development of these principles has resulted in a significant evolution of copyright law since *Bishop*.

[46] CBC asserts that “[t]he scope of the reproduction right is determined by a balancing exercise between the legitimate interests of copyright holders and copyright users, such as the one this Court conducted in *Théberge*” (A.F., at para. 81), and that a proper balancing of user and right-holder interests favours finding that broadcast-incidental copies do not engage the reproduction right. It also asserts that the principle of technological neutrality is a means of protecting the proper balance between users and right holders in a digital environment: A.F., at para. 66.

« d’en faire un enregistrement sonore, film cinématographique ou autre support, à l’aide desquels l’œuvre peut être reproduite, représentée ou exécutée mécaniquement ».

[44] Les efforts de la SODRAC en vue d’obtenir des redevances pour la confection de copies accessoires de diffusion par la SRC tirent leur origine de la décision rendue par la Cour dans *Bishop*. Selon cet arrêt, la confection de copies « éphémères » — dans cette affaire, les enregistrements d’une prestation musicale visant à en faciliter la diffusion à une date ultérieure — met en jeu le droit de reproduction au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’al. 3(1)d) de la *LDA*, et une licence de diffusion ne permet pas d’inférer en droit celui de faire de telles copies : p. 484-485.

[45] Le principal argument de la SRC en appel porte sur le fait que les copies accessoires de diffusion ne mettent pas en jeu le droit de reproduction et donc qu’elles ne donnent pas à la SODRAC le droit d’exiger des redevances pour de telles copies. La SRC accorde ainsi beaucoup de poids à deux principes généraux du droit canadien en matière de droit d’auteur : d’une part, la mise en équilibre des intérêts de l’utilisateur et de ceux du titulaire d’un droit — ainsi que la Cour en a fait l’analyse dans *Théberge*, motifs du juge Binnie — et, d’autre part, le principe de neutralité technologique — que la Cour a analysé plus particulièrement dans l’arrêt *ESA*. De l’avis de la SRC, l’émergence de ces principes a engendré une importante évolution du droit d’auteur depuis *Bishop*.

[46] Selon la SRC, [TRADUCTION] « [l]a portée du droit de reproduction est fonction d’un exercice de mise en équilibre des intérêts légitimes des titulaires d’un droit d’auteur et des utilisateurs de ce droit, de la nature de celui qu’a effectué la Cour dans *Théberge* » (m.a., par. 81). La SRC soutient en outre que le juste équilibre entre les intérêts de l’utilisateur et ceux du titulaire d’un droit milite en faveur de la conclusion selon laquelle les copies accessoires de diffusion ne mettent pas en cause le droit de reproduction. Enfin, elle ajoute que le principe de neutralité technologique permet de protéger le juste équilibre en question dans un environnement numérique : m.a., par. 66.

[47] To be sure, *Théberge* demonstrates how this Court's understanding of the purpose of the *Copyright Act* has evolved since the pronouncement in *Bishop* that the "single object" of the Act was to benefit authors: *Bishop*, at pp. 478-79, quoting *Performing Right Society, Ltd. v. Hammond's Bradford Brewery Co.*, [1934] 1 Ch. 121, at p. 127. *Théberge* observed that, when weighing competing policy interests under copyright, "[t]he proper balance . . . lies not only in recognizing the creator's rights but in giving due weight to their limited nature": para. 31. Similarly, in *ESA*, this Court observed that the principle of technological neutrality guards against "impos[ing] a gratuitous cost for the use of more efficient, Internet-based technologies": para. 9, per Abella and Moldaver JJ. But in neither case did the Court go so far as to allow these principles to override express statutory terms. The scope of a right under the *Copyright Act* is determined, first and foremost, by the Act itself. The principles at work in *Théberge* and *ESA* can inform the interpretation and application of the terms of the Act, but they cannot supplant them.

[48] The modern approach to statutory interpretation requires that we examine the "words of an Act . . . in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament": E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87, approved and adopted in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21.

[49] The ordinary meaning of the text of the *Copyright Act* indicates that broadcast-incidental copying activities do engage the reproduction right. As this Court held in *Bishop*, the text of s. 3(1)(d) covers such activity by its terms. Making broadcast-incidental copies is the making of a "sound recording, cinematograph film or other contrivance by means of which the work may be mechanically reproduced or performed": s. 3(1)(d). Though this Court's understanding of the purpose of copyright

[47] Bien sûr, l'arrêt *Théberge* témoigne de l'évolution de la manière dont la Cour interprète l'objet de la *LDA* depuis la décision *Bishop*, selon laquelle le « but unique » de la *Loi* devait profiter aux auteurs : *Bishop*, p. 478-479, citant *Performing Right Society, Ltd. c. Hammond's Bradford Brewery Co.*, [1934] 1 Ch. 121, p. 127. Dans l'arrêt *Théberge*, la Cour a fait remarquer que, lorsqu'on soupèse des objectifs de politique générale qui s'opposent dans le domaine du droit d'auteur, « [o]n atteint le juste équilibre [. . .] non seulement en reconnaissant les droits du créateur, mais aussi en accordant l'importance qui convient à la nature limitée de ces droits » : par. 31. De même, dans l'arrêt *ESA*, la Cour a signalé que le principe de neutralité technologique protège contre l'imposition d'« un coût injustifié pour l'utilisation de technologies Internet plus efficaces » : par. 9, motifs des juges Abella et Moldaver. Cependant, dans ni l'une ni l'autre de ces décisions la Cour n'est allée jusqu'à permettre que ces principes l'emportent sur des dispositions législatives explicites. La portée d'un droit créé par la *LDA* est déterminée, d'abord et avant tout, par la loi même. Les principes en cause dans les arrêts *Théberge* et *ESA* peuvent servir de guide dans l'interprétation des dispositions de la *LDA* et dans leur application, mais ils ne peuvent les supplanter.

[48] La méthode moderne d'interprétation législative exige que nous examinions 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^e éd. 1983), p. 87, méthode approuvée et adoptée dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21.

[49] Suivant le sens ordinaire du texte de la *LDA*, les activités relatives aux copies accessoires de diffusion mettent effectivement en jeu le droit de reproduction. Ainsi que la Cour l'a conclu dans *Bishop*, le libellé même de l'al. 3(1)d) couvre une telle activité. La confection de copies accessoires de diffusion équivaut à faire un « enregistrement sonore, film cinématographique ou autre support, à l'aide desquels l'œuvre peut être reproduite, représentée ou exécutée mécaniquement » : al. 3(1)d).

has evolved since the observation in *Bishop* that its “sole purpose” is protecting author interests, no recourse to this observation is required to read s. 3(1)(d) as being engaged by broadcast-incidental copying activities: p. 470. The plain language of the statute itself establishes this much.

[50] The broader statutory context of the Act further provides strong indications that the legislature intended for broadcast-incidental copies to engage the reproduction right. Most significantly, ss. 30.8 and 30.9 (set out in full in the Appendix), enacted as part of a series of amendments to the Act in 1997, establish specific circumstances in which “[i]t is *not* an infringement of copyright” to make copies to facilitate broadcasting: S.C. 1997, c. 24, s. 18(1). In order to gain the benefit of ss. 30.8 or 30.9, broadcasters must meet a list of stringent conditions concerning, among other things, the timing, record keeping, and destruction of the copies. As counsel for CBC acknowledged during the hearing before this Court, CBC’s broadcast-incidental copying activities do not fit within the language of ss. 30.8 or 30.9: transcript, at p. 26.

[51] If it were true, as CBC urges, that the *Copyright Act* should properly be read such that broadcast-incidental copying does not engage the reproduction right, there would have been no need for the legislature to enact ss. 30.8 and 30.9. Their existence is strong evidence that Parliament intended, as a baseline, that broadcast-incidental copies engage the reproduction right. As noted above, though the principles of balancing user and right-holder interests and of technological neutrality are central to Canadian copyright law, they cannot change the express terms of the *Copyright Act*.

Bien que la manière dont la Cour interprète l’objet du droit d’auteur ait évolué depuis la remarque énoncée dans *Bishop* selon laquelle son « seul but » est de protéger les droits de l’auteur, il n’est pas nécessaire de se référer à cette remarque pour en arriver à la conclusion que l’al. 3(1)d) est mis en cause par les activités relatives aux copies accessoires de diffusion : p. 470. Le libellé ordinaire de la loi même le confirme.

[50] Le contexte législatif plus général de la *LDA* illustre en outre clairement le souhait du législateur que les copies accessoires de diffusion mettent en jeu le droit de reproduction. Plus important encore, les art. 30.8 et 30.9 — reproduits intégralement en annexe et édictés comme partie intégrante d’une série de modifications apportées à la *LDA* en 1997 —, établissent les circonstances exactes dans lesquelles la confection de copies pour en faciliter la diffusion « [n]e constitue pas une violation du droit d’auteur » : L.C. 1997, c. 24, par. 18(1). Afin de pouvoir tirer profit des art. 30.8 ou 30.9, les diffuseurs doivent satisfaire à une série de conditions rigoureuses se rapportant notamment au choix de la date, à la tenue de registres et à la destruction des copies. Ainsi que l’avocat de la SRC l’a reconnu pendant l’audience tenue devant la Cour, les activités de la SRC relatives aux copies accessoires de diffusion ne relèvent pas du libellé des art. 30.8 ou 30.9 : transcription, p. 26.

[51] S’il était vrai, ainsi que la SRC le fait valoir, qu’il convient d’interpréter la *LDA* de manière que les activités relatives aux copies accessoires de diffusion ne mettent pas en cause le droit de reproduction, le législateur n’aurait pas eu besoin d’édicter les art. 30.8 et 30.9. Leur existence démontre clairement que le législateur souhaitait, à tout le moins, que les copies accessoires de diffusion déclenchent l’application du droit de reproduction. Comme je l’ai souligné précédemment, bien que le principe de mise en équilibre des intérêts de l’utilisateur et de ceux du titulaire d’un droit et celui de neutralité technologique soient au cœur du droit canadien en matière de droit d’auteur, ils ne peuvent modifier le libellé de la *LDA*.

[52] Abella J. is of the opinion that, in reaching this conclusion, these reasons employ a “literal approach to the interpretation of s. 3(1)(d), reading the words of the provision without the benefit of the purpose and context of the *Act* to ascertain its true meaning”: para. 170. It is rather my colleague who uses the principle of technological neutrality to displace the words Parliament has used. With respect, through her use of the principle of technological neutrality, she does not give sufficient attention to the text and context and the legislative history that explain the carve out from the reproduction right provided by ss. 30.8 and 30.9 and the residual broad scope of s. 3(1)(d).

[53] Subsequent to *Bishop*, in 1997, Parliament enacted ss. 30.8 and 30.9. Abella J. writes that these exceptions are not to be understood as a “comprehensive statement on the content of the reproduction right, or which kinds of copies will trigger it”: para. 175. But before ss. 30.8 and 30.9 received royal assent, broadcasters asked Parliament to expand their scope. In their view, ss. 30.8 and 30.9 unduly favoured the rights of copyright holders. The pleas of the broadcasters, however, went unanswered: see V. Syrtash, “Supra-National Limitations on Copyright Exceptions: Canada’s Ephemeral Exception and the ‘Three-Step Test’” (2005-2006), 19 *I.P.J.* 521, at pp. 530-32; J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4th ed. (loose-leaf)), at pp. 23-62 and 23-63. Thus, the scope of ss. 30.8 and 30.9 was specific and deliberate. Parliament could have adopted broader provisions. It chose not to. It is not for the Court to do by “interpretation” what Parliament chose not to do by enactment.

[54] The necessary implication of s. 30.7, also enacted in 1997, is that it absolves incidental, non-deliberate, inclusion of a work from infringement — a sterile provision and of no practical effect had Parliament considered incidental inclusion to

[52] La juge Abella estime qu’en concluant de la sorte, les présents motifs « interprète[nt] littéralement l’al. 3(1)d), en lisant les termes de la disposition sans tirer bénéfice de l’objet et du contexte de la *Loi* pour vérifier sa véritable signification » : par. 170. C’est plutôt ma collègue qui utilise le principe de neutralité technologique pour déformer le texte utilisé par le législateur. En effet, soit dit en tout respect, en utilisant le principe de neutralité technologique comme elle le fait, elle ne s’attarde pas suffisamment sur le libellé des dispositions législatives, sur leur contexte et sur l’historique législatif qui expliquent la mise à l’écart du droit de reproduction prévu aux art. 30.8 et 30.9 ainsi que la large portée résiduelle de l’al. 3(1)d).

[53] En 1997, soit après que la décision a été rendue dans *Bishop*, le législateur a édicté les art. 30.8 et 30.9. Selon la juge Abella, il ne faut pas interpréter ces exceptions comme un « énoncé complet du contenu du droit de reproduction, ni [comme] la liste des types de copies qui le feront intervenir » : par. 175. Or, avant que ces dispositions reçoivent la sanction royale, les diffuseurs ont demandé au Parlement d’en étendre la portée. À leur avis, les art. 30.8 et 30.9 favorisaient indûment les droits des titulaires du droit d’auteur. Les doléances des diffuseurs sont toutefois restées sans réponse : voir V. Syrtash, « Supra-National Limitations on Copyright Exceptions : Canada’s Ephemeral Exception and the “Three-Step Test” » (2005-2006), 19 *I.P.J.* 521, p. 530-532; J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4^e éd. (feuilles mobiles)), p. 23-62 et 23-63. Ainsi, la portée des art. 30.8 et 30.9 était précise et voulue. Le législateur aurait pu leur donner une portée plus large. Il a choisi de ne pas le faire. Il n’appartient pas à la Cour de faire « en interprétant » la loi ce que le législateur a choisi de ne pas faire en l’adoptant.

[54] L’article 30.7, lui aussi édicté en 1997, empêche nécessairement que l’inclusion accessoire d’une œuvre, mais non celle qui est délibérée, constitue une infraction — une disposition qui aurait été stérile et sans effet pratique si le législateur

be outside s. 3(1)(d) in the first place. There is no doubt that this provision applies to broadcasting, among other activities, and that the use of broadcast-incident copies is deliberate and thus not exempted. See D. Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks* (2nd ed. 2011), at p. 223.

[55] Although made in the process of broadcasting, these broadcast-incident copies nevertheless trigger the reproduction right. They are not exempted by ss. 30.8 and 30.9. There is nothing in the text, context or legislative history of these provisions (or s. 3(1)) that supports the view that the broadcasting process obviates the fact that broadcast-incident copies are reproductions under the *Copyright Act*. Arguments based on purpose in the form of technological neutrality and balance are advanced to come to the opposite conclusion, but purposive construction is a tool of statutory interpretation to assist in understanding the meaning of the text. It is not a stand-alone basis for the Court to develop its own theory of what it considers appropriate policy. Accordingly, the Board was correct in proceeding on the basis that broadcast incident copies engage the reproduction right under s. 3(1)(d) of the *Copyright Act*.

(2) The Synchronization Licence Between CBC and SODRAC Does Not Imply a Licence to Make Broadcast-Incidental Copies

[56] CBC argues in the alternative that if a licence covering CBC's broadcast-incident copies is required, it should be implied from CBC's synchronization licences or the synchronization licences of third party producers. To hold otherwise, CBC asserts, would be to render synchronization licences "economically sterile" and would allow SODRAC

avait jugé que les inclusions accessoires n'étaient pas visées par l'al. 3(1)d). Il ne fait aucun doute que cette disposition s'applique à la diffusion, entre autres activités, et que l'utilisation de copies accessoires de diffusion est délibérée et, par conséquent, n'est pas visée par l'exception. Voir D. Vaver, *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks* (2^e éd. 2011), p. 223.

[55] Même si elles sont confectionnées dans le cadre du processus de diffusion, ces copies accessoires de diffusion mettent en jeu le droit de reproduction. Elles ne sont donc pas soustraites à l'application de ce droit par les art. 30.8 et 30.9. Rien dans le libellé de ces dispositions (ou du par. 3(1)), dans leur contexte ou dans leur historique législatif, n'étaye l'opinion selon laquelle le processus de diffusion annule le fait que les copies de ce type constituent des reproductions au sens où il faut l'entendre pour l'application de la LDA. Les arguments fondés sur l'objet visé que sont la neutralité technologique et la mise en équilibre sont invoqués pour qu'on en arrive à la conclusion inverse. Or, l'interprétation fondée sur l'objet visé est un outil d'interprétation législative qui cherche à aider à la compréhension du sens du texte. Elle ne constitue pas un fondement indépendant autorisant la Cour à élaborer sa propre théorie de ce qu'elle juge être une politique appropriée. Par conséquent, c'est à juste titre que la Commission a tenu pour acquis que les copies accessoires de diffusion mettent en cause le droit de reproduction en application de l'al. 3(1)d) de la LDA.

(2) La licence de synchronisation conclue entre la SRC et la SODRAC n'emporte pas le droit de confectionner des copies accessoires de diffusion

[56] La SRC fait valoir à titre subsidiaire que, si elle est requise, la licence couvrant ses copies accessoires de diffusion doit s'inférer de ses licences de synchronisation ou des licences de synchronisation de producteurs tiers. Conclure autrement, affirme la SRC, reviendrait à rendre les licences de synchronisation [TRADUCTION] « stériles du point de

to engage in “non-neutral royalty stacking”: A.F., at paras. 99-100.

[57] CBC’s economic argument is based on the proposition that “a single master copy [made under a synchronization licence] is useless without a corresponding implied licence to make the necessary broadcast-incidental copies”: A.F., at para. 100. Instead, it argues that a “technologically-neutral approach to a synchronization licence is one that implies the necessary incidental rights in order to achieve the licence’s agreed-upon purpose”: A.F., at para. 100.

[58] I cannot agree. To the extent CBC’s implied-licence argument turns on the language of SODRAC’s actual synchronization licences, these licences do not give any indication that they ought to be read to include the right to make broadcast-incidental copies. To the contrary, the Board found that “[v]irtually all SODRAC licences issued to producers that were filed in these proceedings clearly specify, in one form or another, that the producer cannot authorize copies made by broadcasters, distributors and other exhibitors”: Statutory Licence Decision, at para. 73.

[59] Nor am I persuaded that licences to make broadcast-incidental copies should be implied under synchronization licences more generally, lest the synchronization licences be rendered sterile. Synchronization licences are intended to facilitate the production of audiovisual works. That these works may ultimately be destined for broadcast does not make the production of the single master copy itself “useless”. A stand-alone synchronization right is far from useless when held by an independent producer who synchronizes a song into a master copy and then sells or licences the finished product to a broadcaster. In that case, the primary purpose of the master copy, from the perspective of

vue économique » et permettrait à la SODRAC de s’adonner à un « cumul de redevances contraire au principe de neutralité » : m.a., par. 99-100.

[57] L’argument économique de la SRC repose sur la proposition selon laquelle [TRADUCTION] « une copie maîtresse unique [confectionnée en vertu d’une licence de synchronisation] est inutile en l’absence d’une licence implicite correspondante de faire les copies accessoires de diffusion nécessaires » : m.a., par. 100. À son avis, il faut plutôt conclure que « l’approche neutre sur le plan technologique à l’égard d’une licence de synchronisation emporte les droits accessoires nécessaires pour réaliser l’objet de la licence sur lequel les parties se sont entendues » : m.a., par. 100.

[58] Je ne suis pas d’accord. Dans la mesure où l’argument de la SRC sur l’existence implicite d’une licence porte sur le texte des licences de synchronisation mêmes de la SODRAC, ces licences n’indiquent nulle part qu’il faut y voir le droit de faire des copies accessoires de diffusion. Au contraire, la Commission a conclu que « [p]ratiquement toutes les licences de la SODRAC qui ont été octroyées à des producteurs et qui ont été déposées dans le cadre de la présente instance indiquent clairement, sous une forme ou une autre, que le producteur ne peut autoriser la confection de copies par un télédiffuseur, un distributeur ou un autre exploitant » : Décision sur la licence légale, par. 73.

[59] Je ne suis pas convaincu non plus qu’il y a lieu d’inférer l’existence de licences pour faire des copies accessoires de diffusion des licences de synchronisation plus généralement, de crainte que ces dernières ne soient rendues stériles. Les licences de synchronisation visent à faciliter la production d’œuvres audiovisuelles. Le fait que ces œuvres puissent en définitive être destinées à la diffusion ne rend pas « inutile » la production de la seule copie maîtresse elle-même. Le droit de synchronisation à lui seul est loin d’être inutile lorsqu’il est détenu par un producteur indépendant qui synchronise une chanson dans une copie maîtresse et vend le produit fini ou le donne ensuite en licence à un

the producer, was not for it to be broadcast, but for it to be sold or licensed to a broadcaster. The synchronization licence is sufficient to meet the needs of such a producer.

[60] Further, the Board identified certain economic considerations that it found justified the practice of dividing synchronization and broadcast-incidental copy licences into separate payments. Separate licensing of synchronization and broadcast-incidental copies allows producers to “remain free to decide whether they wish to offer a turnkey service for the audiovisual works they licence, or whether they wish to pay only for the rights they use” (Statutory Licence Decision, at para. 83), a choice that may be particularly valuable for smaller producers with modest licensing budgets.

[61] In this case, the Board’s decision does not raise the spectre of “double dipping”. The terms of the licence set by the Board expressly protected against this possibility here. The 2008-2012 statutory licence includes a discount provision by which CBC’s licence payments for broadcast-incidental copying may be reduced to the extent that it broadcasts programs for which the producer has already cleared reproduction rights on a through-to-the-viewer basis: s. 5.03(2). Though, as the Federal Court of Appeal noted, the Board’s original discount formula was flawed (paras. 74-82), the formula, as amended by the Federal Court of Appeal, adequately guards against concerns that SODRAC may engage in double dipping by charging multiple parties for the same authorization.

[62] CBC’s attempts to cast the implied-licence issue in terms of the principle of technological

diffuseur. Dans ce cas, l’objet principal de la copie maîtresse du point de vue du producteur ne tient pas dans sa diffusion, mais plutôt dans sa vente ou sa concession en licence à un diffuseur. La licence de synchronisation suffit pour satisfaire aux besoins de ce producteur.

[60] En outre, la Commission a cerné certaines considérations économiques justifiant à son avis la pratique qui consiste à séparer les paiements des licences de synchronisation et de copies accessoires de diffusion. La délivrance de licences distinctes pour la synchronisation, d’une part, et pour les copies accessoires de diffusion, d’autre part, permet aux producteurs d’être « libres de décider s’ils souhaitent offrir un service clé en main pour les œuvres audiovisuelles à l’égard desquelles ils octroient une licence, ou s’ils souhaitent payer uniquement pour les droits qu’ils utilisent » (Décision sur la licence légale, par. 83), un choix qui peut être particulièrement précieux pour les producteurs de plus petite taille dont les budgets de licence sont modestes.

[61] Dans le présent pourvoi, la décision de la Commission ne fait pas naître le spectre du « cumul des redevances ». Les modalités de la licence fixées par la Commission fermaient expressément la porte à une telle possibilité. En effet, la licence légale 2008-2012 inclut une disposition d’escompte en vertu de laquelle les redevances versées par la SRC pour les copies accessoires de diffusion peuvent être réduites dans la mesure où elle diffuse des émissions pour lesquelles le producteur a déjà libéré les droits de reproduction libres de tous droits : par. 5.03(2). Si, ainsi que la Cour d’appel fédérale l’a signalé, la formule originale du calcul de l’escompte de la Commission était erronée (par. 74-82), la formule, tel qu’elle a été modifiée par la Cour d’appel fédérale, protège suffisamment contre les craintes que la SODRAC facture en double des redevances à plusieurs parties pour une même autorisation.

[62] La SRC a tenté, sans succès, de formuler la question de la licence implicite sous l’angle du

neutrality are unavailing. CBC has failed to highlight exactly how SODRAC's desired practice of disaggregating synchronization and broadcast-incidental licensing would offend the principle as it has been understood by this Court. Separation of licences into synchronization and broadcast-incidental arrangements does not, on its own, impose a "gratuitous cost" based on formal technological distinctions, as was the concern in *ESA*.

[63] Nor does technological neutrality stand for the proposition, as CBC urges, that the *Copyright Act* prohibits the creation of "additional layers of royalties at the behest of collective societies" such that disaggregating synchronization and broadcast-incidental copying is legally impermissible: A.F., at para. 105. This argument reads *ESA* too broadly. The difference between synchronization copies and broadcast-incidental copies is tied to the fundamentally distinct activities of production and broadcasting. They are different functions. This difference is not based on particular technological details; it would exist regardless of the technologies used either to produce or to broadcast. Thus, a decision recognizing production and broadcasting as distinct activities, and thus as the valid subject of disaggregated licences, does not offend the principle that "an additional layer of protections and fees" not be imposed based solely on technological change: *ESA*, at para. 9.

[64] Accordingly, it was reasonable for the Board to decline to identify an implied licence to engage in broadcast-incidental copying within the synchronization licences underlying the programs that CBC broadcasts.

principe de neutralité technologique. En effet, elle n'a pas fait ressortir précisément comment la pratique souhaitée de la SODRAC de distinguer les licences de synchronisation des licences accessoires de diffusion porterait atteinte au principe tel que la Cour le comprend. Le partage des licences en des ententes sur la synchronisation et des ententes sur la confection de copies accessoires de diffusion n'impose pas en soi un « coût injustifié » sur le fondement de distinctions technologiques formelles, comme on le craignait dans *ESA*.

[63] La neutralité technologique ne permet pas non plus d'avancer, comme la SRC le fait valoir, que la *LDA* empêche la création de [TRADUCTION] « couches supplémentaires de redevances à la demande des sociétés de gestion » de telle sorte que la distinction entre les copies de synchronisation et les copies accessoires de diffusion ne puisse être permise en droit : m.a., par. 105. Cet argument repose sur une interprétation trop libérale de l'arrêt *ESA*. La différence entre les copies de synchronisation et les copies accessoires de diffusion tient au caractère fondamentalement distinct des activités de production et de diffusion. Elles sont des fonctions différentes. Cette différence ne repose pas sur des détails technologiques en particulier; elle existerait sans égard aux technologies utilisées pour produire ou pour diffuser les œuvres. Donc, la décision qui reconnaît le caractère distinct de la production et de la diffusion, justifiant en conséquence l'octroi de licences distinctes, ne contrevient pas au principe selon lequel « un palier supplémentaire de protection et d'exigibilité d'une redevance » ne doit pas être imposé sur le seul fondement d'un changement technologique : *ESA*, par. 9.

[64] En conséquence, la Commission pouvait raisonnablement refuser d'inférer l'existence d'une licence de confection de copies accessoires de diffusion des licences de synchronisation qui sous-tendent les émissions que diffuse la SRC.

C. *In Not Taking Into Account the Principles of Technological Neutrality and Balance in Its Valuation Analysis, the Board's Decision Was Unreasonable*

(1) The Principle of Technological Neutrality is Relevant to Questions of Valuation

[65] CBC asserts that the Board erred in failing to conduct its valuation analysis in accordance with the principle of technological neutrality. SODRAC argues that, once it has been established that a copying activity engages the reproduction right, the principle of technological neutrality is spent and has no bearing on valuation.

[66] The principle of technological neutrality is recognition that, absent parliamentary intent to the contrary, the *Copyright Act* should not be interpreted or applied to favour or discriminate against any particular form of technology. It is derived from the balancing of user and right-holder interests discussed by this Court in *Théberge* — a “balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect and obtaining a just reward for the creator”: para. 30. Because this long-standing principle informs the *Copyright Act* as a whole, it must be maintained across all technological contexts: “The traditional balance between authors and users should be preserved in the digital environment. . .” (*ESA*, at para. 8).

[67] In the regulatory context, the principle of technological neutrality applies to valuation of a reproduction licence, just as it does in determining whether an activity implicates copyright at all. The Board operates pursuant to the *Copyright Act*, and in its regulatory role of fixing royalties under s. 70.2, it may not simply set aside the principles that guide its interpretation of the Act once it has begun its valuation analysis. While the Board’s valuation analysis will vary according to the facts

C. *En omettant de prendre en considération les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre dans son analyse de la valeur du droit, la Commission a rendu une décision déraisonnable*

(1) Le principe de neutralité technologique est pertinent dans l’analyse de la valeur du droit

[65] La SRC fait valoir que la Commission a commis une erreur, car elle ne s’est pas conformée au principe de neutralité technologique pour effectuer son analyse de la valeur. Pour la SODRAC, par contre, dès lors qu’il est établi que la confection de copies met en jeu l’application du droit de reproduction, le principe de neutralité technologique n’est plus pertinent et n’a plus aucune incidence sur l’évaluation.

[66] Selon le principe de neutralité technologique, en l’absence d’une intention contraire du législateur, la *LDA* ne doit être ni interprétée ni appliquée de manière à favoriser ou à défavoriser une forme de technologie en particulier. Ce principe découle de la mise en équilibre des intérêts de l’utilisateur et de ceux du titulaire d’un droit dont la Cour a fait l’analyse dans l’arrêt *Théberge* — soit l’« équilibre entre, d’une part, la promotion, dans l’intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d’autre part, l’obtention d’une juste récompense pour le créateur » : par. 30. Puisque ce principe reconnu depuis longtemps guide l’interprétation de la *LDA* dans son ensemble, il doit être maintenu dans tous les contextes technologiques : « L’équilibre traditionnel entre auteurs et utilisateurs doit être préservé dans le monde numérique . . . » (*ESA*, par. 8).

[67] Dans le contexte réglementaire, le principe de neutralité technologique s’applique à l’évaluation d’une licence de reproduction, tout comme à la question de savoir si une activité met en cause un droit d’auteur. La Commission mène ses activités en application de la *LDA*, et lorsqu’elle assume le rôle que lui confère l’art. 70.2 de cette loi de fixer les redevances, elle ne peut pas simplement mettre de côté les principes qui guident son interprétation de la loi une fois qu’elle entreprend son analyse de

of each case, it is unreasonable for the Board to ignore the principle of technological neutrality in that analysis in cases where it is implicated.¹

[68] Indeed, it would be inconsistent to require a technologically neutral interpretation of the *Copyright Act* but not require a technologically neutral application of the Act. As Professor Vaver has written, “Copyright law should strive for technological neutrality”: p. 172. Interpretation and application of the Act are both important in seeking this objective.

[69] In reviewing the Board’s decision, the Court of Appeal remarked upon the principle of technological neutrality, but declined to apply it, as that court felt that it had insufficient guidance from this Court on how it should be applied. These reasons aim to provide such guidance.

(2) Technological Neutrality in Valuation

[70] Because rights holders have the exclusive right to reproduce their works under s. 3(1)(d), they are entitled to be justly compensated for the use of that right. One element of just compensation is an appropriate share of the benefit that the user obtains by using reproductions of their copyright-protected work in the operation of the user’s technology. That just compensation must be valued, however, in accordance with the principle of technological neutrality. While highly unlikely, where users are deriving the same value from the use of reproductions of copyright-protected works using different technologies, technological neutrality implies that it would be improper to impose higher copyright-licensing costs on the user of one technology than

¹ This case pertains to the Board’s power to fix royalties under s. 70.2 of the *Copyright Act*. The considerations a court might take into account in assessing monetary remedies for infringement is left to be decided if and when such a case arises.

la valeur. Si cette analyse faite par la Commission varie selon les faits propres à une affaire, il est cependant déraisonnable que, ce faisant, elle écarte le principe de neutralité technologique dans les cas où il est mis en cause¹.

[68] En effet, il serait illogique d’exiger que la *LDA* soit interprétée compte tenu du principe de neutralité technologique sans exiger une application de la loi qui, elle aussi, soit conforme à ce principe. Comme l’a écrit le professeur Vaver, [TRADUCTION] « [l]e droit d’auteur devrait viser la neutralité technologique » : p. 172. Tant l’interprétation de la loi que son application sont importantes dans la poursuite de cet objectif.

[69] Dans son examen de la décision de la Commission, la Cour d’appel a fait des remarques relatives au principe de neutralité technologique. Elle a toutefois refusé de l’appliquer puisqu’elle était d’avis qu’elle manquait de directives de la Cour sur la façon dont il devrait être appliqué. Les présents motifs visent à donner de telles directives.

(2) La neutralité technologique dans le contexte de l’évaluation

[70] Selon l’al. 3(1)d), les titulaires du droit d’auteur ont le droit exclusif de reproduire leurs œuvres. Ils ont donc droit à une juste compensation lorsqu’il y a usage de ce droit. Une telle compensation consiste notamment en un partage approprié des bénéfices qu’obtient l’utilisateur de reproductions des œuvres protégées par le droit d’auteur dans le contexte de l’utilisation de la technologie de l’utilisateur. Cette juste compensation doit cependant être évaluée en conformité avec le principe de neutralité technologique. Bien que cela soit très improbable, lorsque des utilisateurs tirent la même valeur de l’utilisation des reproductions d’œuvres protégées par le droit d’auteur en utilisant des technologies différentes, la neutralité technologique suppose

¹ La présente affaire concerne le pouvoir de la Commission prévu à l’art. 70.2 de la *LDA* de fixer les redevances. La question des facteurs dont un tribunal peut tenir compte pour évaluer les redressements monétaires par suite d’une infraction n’est pas tranchée en l’espèce et le sera, le cas échéant, lorsque la Cour sera saisie d’une cause portant sur la question.

would be imposed on the user of a different technology. To do so would privilege the interests of the rights holder to a greater degree in one technology over the other where there is no difference between the two in terms of the value each user derives from the reproductions.

[71] The converse is also true. Where the user of one technology derives greater value from the use of reproductions of copyright-protected work than another user using reproductions of the copyright-protected work in a different technology, technological neutrality will imply that the copyright holder should be entitled to a larger royalty from the user who obtains such greater value. Simply put, it would not be technologically neutral to treat these two technologies as if they were deriving the same value from the reproductions.

[72] In determining whether a separate communication right was engaged in *ESA*, this Court held that technological neutrality required the consideration of the difference between the old and new forms of delivery of works. In the absence of any difference between them, no separate right was engaged: “In our view, there is no practical difference between buying a durable copy of the work in a store, receiving a copy in the mail, or downloading an identical copy using the Internet. The Internet is simply a technological taxi that delivers a durable copy of the same work to the end user”: *ESA*, at para. 5. Similarly, in the valuation of a right, technological neutrality requires that different technologies using reproductions of copyright-protected work that produce the same value to the users should be treated the same way. Conversely, different technologies using reproductions that produce different values should not be treated the same way.

qu’il serait incorrect d’exiger des redevances plus élevées de l’utilisateur d’une technologie particulière que de l’utilisateur d’une technologie différente. Agir ainsi donnerait au titulaire des droits d’auteurs plus de droits dans le contexte de l’utilisation d’une technologie plutôt que d’une autre, même s’il n’existe aucune différence entre la valeur que retire l’utilisateur de la première de ces reproductions par rapport à celle que retire l’utilisateur de la seconde.

[71] L’inverse est également vrai. Lorsque l’utilisateur d’une technologie tire une plus grande valeur de l’utilisation de reproductions d’une œuvre protégée par le droit d’auteur qu’une personne qui en fait une utilisation similaire en se servant d’une autre technologie, le principe de la neutralité technologique suppose que le titulaire du droit d’auteur aurait droit à des redevances plus élevées de l’utilisateur qui obtient la plus grande valeur en question. Bref, il ne serait pas neutre sur le plan technologique de traiter ces deux technologies comme si elles permettaient de tirer la même valeur des reproductions.

[72] Lorsqu’elle a examiné la question de savoir si un droit de communication distinct a été mis en jeu dans *ESA*, la Cour a conclu que le principe de neutralité technologique exigeait de prendre en considération la différence entre les modes anciens et nouveaux de livraison des œuvres. En l’absence de quelque différence que ce soit entre eux, aucun droit distinct n’entre en jeu : « À notre avis, il n’y a aucune différence d’ordre pratique entre acheter un exemplaire durable de l’œuvre en magasin, recevoir un exemplaire par la poste ou télécharger une copie identique sur le Web. Internet ne représente qu’un taxi technologique assurant la livraison d’une copie durable de la même œuvre à l’utilisateur » : *ESA*, par. 5. De même, lorsqu’il est question de donner une valeur à un droit, le principe de neutralité technologique exige que des technologies différentes qui utilisent des reproductions d’une œuvre protégée par le droit d’auteur et qui engendrent une même valeur pour les utilisateurs soient traitées de la même façon. Inversement, des technologies différentes qui utilisent des reproductions qui génèrent des valeurs différentes ne devraient pas l’être.

[73] In this case, if CBC derives greater value from the use of broadcast-incidental copies in its digital technology than it did under its prior analog technology, this is a factor in favour of the copyright holder being entitled to greater royalties for use of its copyright-protected work in CBC's digital technology. Technological neutrality requires that the Board compare the value derived from the use of reproduction in the two technologies in its valuation analysis. As will be explained, it did not do so in this case, nor did it take into account the principle of balance, to which I now turn.

(3) Balance in Valuation

[74] It is well established that copyright law maintains “a balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect and obtaining a just reward for the creator” of those works: *Théberge*, at para. 30. This balance “lies not only in recognizing the creator’s rights but in giving due weight to their limited nature. In crassly economic terms it would be as inefficient to overcompensate artists and authors for the right of reproduction as it would be self-defeating to undercompensate them”: *Théberge*, at para. 31.

[75] When it is tasked with fixing licence fees, the Board must have regard to factors it considers relevant in striking a balance between the rights of users and right holders. Relevant factors will include, but are not limited to, the risks taken by the user, the extent of the investment the user made in the new technology, and the nature of the copyright-protected work’s use in the new technology. The Board must assess the respective contributions of, on the one hand, the risks taken by the user and the investment made by the user, and on the other hand, the reproductions of the copyright-protected works, to the value enjoyed by the user. In this case, where

[73] En l’espèce, si la SRC tire une plus grande valeur de l’utilisation de copies accessoires de diffusion en utilisant sa technologie numérique qu’elle ne le faisait lorsqu’elle utilisait la technologie analogique, il s’agit d’un facteur qui milite en faveur du droit du titulaire du droit d’auteur à des redevances plus importantes pour l’utilisation par la SRC de son œuvre protégée au moyen de la technologie numérique. La neutralité technologique exige que la Commission compare la valeur tirée de l’utilisation d’une reproduction au moyen des deux technologies dans son analyse de la valeur. Comme je l’expliquerai, elle ne l’a pas fait en l’espèce; et elle n’a pas non plus tenu compte du principe de mise en équilibre, sur lequel je vais maintenant m’attarder.

(3) La mise en équilibre dans le contexte de la recherche de la valeur

[74] Il est bien établi que le droit d’auteur maintient « un équilibre entre, d’une part, la promotion, dans l’intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d’autre part, l’obtention d’une juste récompense pour le créateur » de ces œuvres : *Théberge*, par. 30. Cet équilibre est atteint « non seulement en reconnaissant les droits du créateur, mais aussi en accordant l’importance qu’il convient à la nature limitée de ces droits. D’un point de vue grossièrement économique, il serait tout aussi inefficace de trop rétribuer les artistes et les auteurs pour le droit de reproduction qu’il serait nuisible de ne pas les rétribuer suffisamment » : *Théberge*, par. 31.

[75] Lorsqu’elle est appelée à fixer des redevances, la Commission doit tenir compte des facteurs qu’elle juge pertinents pour mettre en équilibre les droits de l’utilisateur et ceux du titulaire des droits. Les facteurs pertinents incluent notamment : les risques pris par l’utilisateur et l’ampleur de son investissement dans la technologie ainsi que la nature de l’utilisation de l’œuvre protégée par le droit d’auteur dans la nouvelle technologie. La Commission doit évaluer les contributions respectives des risques pris par l’utilisateur et de son investissement, d’une part, et des copies des œuvres protégées par le droit d’auteur, d’autre part, par rapport à la valeur dont profite

the financial risks of investing in and implementing new technology were undertaken by the user and the use of reproductions of copyright-protected works was incidental, the balance principle would imply relatively low licence fees to the copyright holder. As will be explained, the Board's valuation methodology did not give any indication that the principles of technological neutrality and balance were considered in the way it fixed the SODRAC reproduction royalties payable by CBC on the basis of the SODRAC/SOCAN ratio.

[76] Justice Abella argues that the extent of the investment made by the user in its technology and the risks undertaken in relation to that technology are “unrelated and irrelevant to the rights held in the protected works”: para 180. I cannot agree. In an unregulated market, a commercial user will always consider whether it makes economic sense to pay the licence fee demanded by the copyright holder. A licence fee that precludes the user from recovering what it considers an adequate return on its investment in its technology will result in there being no licence and no royalty. In the regulated context, it is the Board that must take account of such considerations. They are far from irrelevant.

[77] Contrary to what Justice Abella asserts, it will never be the case that, because a user makes a significant investment in technology or assumes substantial risk, royalties for the rights holder will amount to zero. From the moment the right is engaged, licence fees will necessarily follow. The amount of the fee will depend upon the Board's consideration of the evidence in each case, always having regard to the principles of technological neutrality and balance and any other factors it considers relevant.

l'utilisateur. En l'espèce, où les risques financiers découlant de l'investissement dans la nouvelle technologie et de son implantation ont été pris par l'utilisateur et où l'utilisation de reproductions des œuvres protégées par le droit d'auteur était accessoire, le principe de mise en équilibre supposerait que les redevances à verser au titulaire du droit d'auteur soient relativement peu élevées. Comme je vais l'expliquer, la méthode d'évaluation utilisée par la Commission n'a donné aucune indication selon laquelle les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre ont été pris en compte pour fixer les redevances que devait payer la SRC à la SODRAC sur la base du ratio SODRAC/SOCAN pour la reproduction des œuvres.

[76] La juge Abella fait valoir que l'importance de l'investissement fait par l'utilisateur pour mettre en place la technologie dont il se sert ainsi que les risques qu'il a pris relativement à cette technologie « n'ont pas de liens avec les droits relatifs aux œuvres protégées et [. . .] ne sont pas pertinent[s] » : par. 180. Je ne suis pas de cet avis. Dans un marché non réglementé, un utilisateur commercial examine toujours s'il est avantageux pour lui financièrement de payer les redevances exigées par le titulaire du droit d'auteur. S'il conclut que ces redevances l'empêcheraient d'obtenir un taux de rendement qu'il juge acceptable sur le capital qu'il a investi pour acquérir la technologie qu'il utilise, il n'y aura ni licence ni redevances. Dans un contexte réglementé, c'est la Commission qui doit tenir compte de tels facteurs. Ils sont loin de ne pas être pertinents.

[77] Contrairement à ce qu'affirme la juge Abella, jamais un investissement important par l'utilisateur dans une technologie ou le risque considérable qu'il a pu prendre n'auront pour effet de rendre nulles les redevances du titulaire du droit d'auteur. Dès lors que le droit entre en jeu, des redevances suivront. Le montant de ces dernières dépendra de l'examen de la preuve par la Commission dans chaque affaire, examen qui doit toujours tenir compte des principes de neutralité technologique et de mise en équilibre ainsi que de tout autre facteur qu'elle juge pertinent.

[78] Justice Abella also says that these reasons represent “a significant departure from the principle [of technological neutrality] as it was articulated in *Entertainment Software Association*”: para. 181. The issue in *ESA* (and *Rogers*) was whether the telecommunication right was engaged; whether one technology achieved a result more efficiently than another was irrelevant to whether the right was engaged.

[79] Here, where the right is engaged, the issue becomes one of valuation of that right, and the principles of technological neutrality and balance must be adapted to the valuation context. When it is tasked with determining the value of a right, an important consideration for the Board is the value of that right to the user. The value of the use of reproductions in one technology may stem from functional differences from use in another technology. Value differences may also stem from internal efficiencies between technologies. Ignoring internal efficiencies would result in rights holders being denied additional royalties when the use of their copyrighted work in the more efficient technology confers greater value to the user of that technology. This would hardly constitute “gratuitous fees”, as asserted by Justice Abella: para. 182.

(4) The Board Did Not Consider the Principle of Technological Neutrality or Balance in Setting the Value of CBC’s Broadcast-Incidental Copying Licence With SODRAC

(a) *The Board’s Statutory Licence Decision*

[80] The Board received a detailed picture of the structure of both CBC and Astral’s broadcast systems, the copies that were made in those systems, and what purposes they served, largely through the testimony and report of Dr. Michael Murphy and CBC’s responses to interrogatories. Further, CBC and Astral’s statement of the case before the Board

[78] La juge Abella déclare aussi que les présents motifs constituent « un changement important par rapport à [l]a formulation [du principe de neutralité technologique] dans *Entertainment Software Association* » : par. 181. La question en litige dans *ESA* (ainsi que dans *Rogers*) était celle de savoir si le droit de télécommunication était en jeu; qu’une technologie ait atteint un résultat de façon plus efficace qu’une autre n’était pas pertinent.

[79] En l’espèce, où le droit entre en jeu, la question devient celle de la détermination de la valeur de ce droit, et les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre doivent être adaptés à ce contexte. Lorsqu’elle est appelée à déterminer la valeur d’un droit, il est important que la Commission prenne en considération la valeur de ce droit pour l’utilisateur. La valeur de l’utilisation de reproductions lorsqu’une technologie est utilisée peut découler de différences fonctionnelles par rapport à l’utilisation d’une autre technologie. Les différences de valeur peuvent aussi provenir de gains internes en efficacité des technologies. Ignorer ces gains priverait les titulaires de droits de redevances additionnelles lorsque l’utilisation de leur œuvre par la technologie plus efficace procure une plus grande valeur à l’utilisateur de cette technologie. Cela ne constituerait assurément pas des « redevances [. . .] injustifiées » comme le prétend la juge Abella : par. 182.

(4) La Commission n’a pas tenu compte des principes de neutralité technologique ou de mise en équilibre pour fixer la valeur de la licence de copies accessoires de diffusion qui lie la SRC et la SODRAC

a) *La décision de la Commission sur la licence légale*

[80] La Commission a obtenu un portrait détaillé de la structure des systèmes de diffusion de la SRC et d’Astral, des copies qui ont été faites dans le cadre de ces systèmes et des fins auxquelles ces dernières ont servi. C’est en grande partie grâce au témoignage et au rapport du Dr Michael Murphy et des réponses de la SRC aux questions que la Commission

expressly identified technological neutrality as a relevant consideration:

The Board must apply the principle of technological neutrality. One should not artificially introduce technology issues that are unrelated to the nature of the work being valued. To the knowledge of Astral and SRC/CBC, there is not a single television producer in North America who has ever been required by a composer, screenwriter or other rights holder to pay a greater license fee for music because of alleged technological efficiencies. These are simply irrelevant considerations in the marketplace in view of the nature of the work being licensed. There is no reason for broadcasters to be treated any differently because the issue is brought before the Board. [A.R., vol. II, at pp. 190-91]

[81] Neither the record nor the Board's Statutory Licence Decision, in which it used a ratio based on the royalties CBC pays to the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada ("SOCAN") to licence performance rights to determine SODRAC royalties, gives any indication that the Board considered balance and technological neutrality in arriving at a valuation of the copyright-protected work. There is no indication that the relative value derived from the use of copyright-protected works in CBC's digital technology as compared to its prior analog technology, or the relative contributions of the CBC and SODRAC to the analog and digital technologies were considered.

[82] The Board concluded in this case that, "[s]ince these [digital content-management] technologies involve the use of additional copies, some of the benefits associated with the technologies must be reflected in the remuneration that flows from these incidental, additional copies": Statutory Licence Decision, at para. 81. The value the Board ascribed to the uses of broadcast-incidental copies by CBC

a obtenu ces renseignements. De plus, les mémoires de la SRC et d'Astral déposés devant la Commission mentionnent expressément la neutralité technologique comme étant un facteur pertinent :

[TRADUCTION] La Commission doit appliquer le principe de neutralité technologique. On doit se garder de soulever artificiellement des questions de technologie qui n'ont rien à voir avec la nature de l'œuvre qui est évaluée. À la connaissance d'Astral et de la SRC, aucun producteur de télévision en Amérique du Nord n'a jamais été tenu par un compositeur, un scénariste ou autre titulaire de droits de verser des redevances supérieures relativement à une musique en raison de prétendus gains technologiques en efficacité. Il s'agit là de considérations tout simplement sans pertinence dans le marché compte tenu de la nature de l'œuvre faisant l'objet de la licence. Il n'y a aucune raison de traiter les diffuseurs différemment parce que la Commission est saisie de la question. [d.a., vol. II, p. 190-191]

[81] Ni le dossier ni la Décision sur la licence légale de la Commission — dans laquelle elle a utilisé un ratio basé sur les redevances payées par la SRC à la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (« SOCAN ») pour les droits d'exécution afin de déterminer les redevances de la SODRAC — n'indiquent qu'elle a pris en considération la mise en équilibre et la neutralité technologique pour effectuer son évaluation de l'œuvre protégée par le droit d'auteur. Rien n'indique que la valeur relative découlant de l'utilisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur au moyen de la technologie numérique de la SRC en comparaison avec celle procurée au moyen de la technologie analogique qu'elle utilisait auparavant ou que les contributions relatives de la SRC et de la SODRAC aux technologies analogiques et numériques ont été prises en considération.

[82] La Commission a conclu dans la présente affaire que, « [p]uisque ces technologies [de gestion du contenu numérique] supposent l'utilisation de copies supplémentaires, certains des avantages associés à ces technologies doivent se refléter dans la rémunération découlant de ces copies accessoires supplémentaires » : Décision sur la licence légale, par. 81. La valeur que la Commission a attribuée

seems to have been based, at least to some extent, on the fact that more copies were being made under CBC's digital content-management system, although the valuation formula the Board prescribed does not appear to be related to the use of additional copies.

(b) *The Federal Court of Appeal Decision*

[83] The Federal Court of Appeal summarized the Board's approach as finding that, "[s]imply put, more copies mean more value and thus, more royalties": para. 28. The court ultimately upheld the Board's approach: para. 49. The notion that "more copies mean more value and thus, more royalties" is appealing in its simplicity. However, it is out of step with the principles of technological neutrality and balance.

[84] The making of broadcast incidental copies cannot be equated with, for example, the copying of books. With a book, the author expects a return for the original expression that the *Copyright Act* has encouraged him to expend in producing the work. If copyright is infringed by the making and sale of unlicensed copies, an arithmetic approach (aggregating each lost royalty on each lost sale) would be one way of measuring the resulting loss.

[85] However, where additional copies are made and used internally in an improved or more efficient broadcasting process, they are only made to render the process feasible. This process might only allow the user to keep up with the competition by reducing costs or by saving time, for example. It might even only allow the user of the copies to limit its losses. This is far from benefits that are proportional to the number of copies made. The Federal Court of Appeal set out a fair reading of *ESA* when it described it as establishing that "[t]echnological neutrality is determined by functional equivalence": para. 39. I would add that, to the extent the Federal

aux utilisations des copies de diffusion accessoires par la SRC semble avoir été fondée, au moins dans une certaine mesure, sur le fait que plus de copies étaient faites avec le système de gestion de contenu numérique de la SRC, même si la formule pour fixer la valeur prescrite par la Commission ne semble pas liée à l'utilisation de copies supplémentaires.

b) *La décision de la Cour d'appel fédérale*

[83] La Cour d'appel fédérale a résumé l'approche retenue par la Commission comme impliquant que, « [e]n termes simples, plus de copies signifie plus de valeur, et donc plus de redevances » : par. 28. En définitive, la cour a maintenu l'approche de la Commission : par. 49. Le concept selon lequel « plus de copies signifie plus de valeur, et donc plus de redevances » a l'avantage d'être simple. Il est cependant contraire aux principes de neutralité technologique et de mise en équilibre.

[84] La confection des copies accessoires de diffusion ne peut être mise sur un pied d'égalité avec, par exemple, la reproduction de livres. Avec un livre, l'auteur s'attend à une compensation pour l'originalité d'expression dont la *LDA* l'a encouragé à faire montre lorsqu'il a produit l'œuvre. En cas de violation du droit d'auteur par la confection ou la vente de copies non autorisées, une approche mathématique (qui consisterait à faire la somme des redevances perdues) serait une façon de mesurer la perte encourue.

[85] Cependant, lorsque des copies additionnelles sont confectionnées et utilisées à l'interne dans le cadre d'un processus de diffusion amélioré ou plus efficace, elles ne sont confectionnées que pour rendre le processus possible. Il se pourrait que ce processus soit utile uniquement pour faire face à la compétition en réduisant ses coûts ou en permettant des économies de temps, par exemple. Il se pourrait même qu'il ne fasse que limiter les pertes de l'utilisateur des copies. On est alors loin de bénéfices qui sont proportionnels aux nombres de copies qui ont été confectionnées. La Cour d'appel fédérale a interprété correctement l'arrêt *ESA* lorsqu'elle a dit que,

Court of Appeal suggested that the principle is concerned only with delivery of works, it read the principle too narrowly. The *Copyright Act* as a whole is to be read having regard to the principles of technological neutrality and balance, unless its text indicates otherwise. *ESA*'s focus on delivery of works was a specific application of the general principle, based on the questions presented in that case; the principle is not confined to that context.

[86] The context here is the fixing of royalties by the Board under s. 70.2 of the Act. In that context, adherence to the principles of technological neutrality and balance require that account be taken of the value that the reproductions of the copyright-protected work contribute in the digital as compared to the analog technology, and of the relative contributions of the reproductions and the user's investment and risk in providing the new technology.

(c) *The History of the Board's 1:3.2 Ratio*

[87] A review of the history of the Board's valuation methodology does not give any indication that the principles of technological neutrality and balance were considered, either explicitly or implicitly. The Board calculated the broadcast-incidental copy fee by setting it at 31.25 percent of the fee CBC pays to SOCAN to license performance rights, for a ratio between broadcast-incidental copying fees and performance fees of 1:3.2, which, expressed as a percentage, is 31.25 percent, subject to repertoire adjustment. The Board selected this 1:3.2 ratio based on its earlier use in a series of cases setting the relative values of broadcast-incidental copying and performance royalties in the commercial radio context. The Board in this case found the ratio

selon cette décision, « [l']équivalence fonctionnelle détermine la neutralité technologique » : par. 39. J'ajouterais que, dans la mesure où la Cour d'appel fédérale a donné à entendre que le principe ne s'applique qu'à la livraison des œuvres, elle l'a interprété de manière trop restrictive. À moins d'une indication contraire dans son libellé, la *LDA* dans son ensemble doit être interprétée en tenant compte des principes de neutralité technologique et de mise en équilibre. L'accent mis sur la livraison des œuvres dans l'arrêt *ESA* témoignait d'une application spécifique du principe général, compte tenu des questions soulevées dans cette affaire; le principe n'est pas confiné à ce seul contexte.

[86] En l'espèce, le contexte est celui de la fixation des redevances par la Commission en vertu de l'art. 70.2 de la *Loi*. Dans ce contexte, adhérer aux principes de neutralité technologique et de mise en équilibre exige qu'il soit tenu compte de la valeur qu'apportent les reproductions d'une œuvre protégée par le droit d'auteur dans un contexte numérique par rapport à celle qu'elles apportent dans un contexte de technologie analogique ainsi que des contributions relatives des reproductions et de l'investissement de l'utilisateur dans la nouvelle technologie et du risque qu'il a assumé en l'adoptant.

c) *L'historique du ratio de 1:3.2 de la Commission*

[87] L'examen de l'historique de la méthode d'évaluation retenue par la Commission ne donne aucune indication que cette dernière a pris en considération les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre, que ce soit explicitement ou implicitement. La Commission a calculé les redevances au titre des copies accessoires de diffusion, les fixant à 31,25 % de celles que verse la SRC à la SOCAN au titre des droits d'exécution. Cela donne un ratio entre les redevances au titre des copies accessoires de diffusion et celles au titre de l'exécution de 1:3.2, ce qui correspond à 31,25 %, sous réserve d'un ajustement de repertoire. La Commission a porté son choix sur ce ratio de 1:3.2 compte tenu de son utilisation antérieure pour une série de dossiers

to be equally applicable to the television context: para. 109.

[88] The 1:3.2 ratio has its origins in the Board's 2003 decision regarding commercial radio licence fee: *Statement of Royalties to be Collected by CMRRA/SODRAC Inc. for the Reproduction of Musical Works, in Canada, by Commercial Radio Stations in 2001, 2002, 2003 and 2004*, decision of the Board, March 28, 2003 (online) ("*Commercial Radio 2003*"). In that matter, the Board was tasked with setting tariffs for broadcast-incidental copying in the commercial radio context.

[89] The Board considered three factors that it found relevant in supporting the tariff rate it ultimately selected. First, it found that the existence of the reproduction right "tends to plead in favour of a royalty that is more than nominal, even though its use in the course of broadcasting operations is secondary to broadcasting": *Commercial Radio 2003*, at p. 13. Second, it found that "the use of new broadcasting techniques lowers costs for radio stations. Copying music to a hard drive optimizes the use of these new techniques, thus entitling rights holders to a fair share of the efficiencies arising from this reproduction": *ibid.*, at p. 13. Third, the Board found the "optional" nature of the tariff (insofar as radio stations could avoid the tariff by declining to make broadcast-incidental copies) allayed concerns that a high tariff might discourage innovation in broadcasting techniques: *ibid.*, at p. 13.

[90] The Board then weighed these factors and concluded that a base rate of 1 percent of the user's gross revenues was appropriate, subject to

dans lesquels ont été fixées les valeurs respectives des redevances au titre des copies accessoires de diffusion et au titre de l'exécution dans le contexte de la radio commerciale. Dans la présente affaire, la Commission a conclu que le ratio était également applicable au contexte télévisuel : para. 109.

[88] Le ratio de 1:3.2 tire son origine de la décision rendue par la Commission en 2003 concernant les redevances pour la radio commerciale : *Tarif des redevances à percevoir par la CMRRA/SODRAC Inc. pour la reproduction d'œuvres musicales, au Canada, par les stations de radio commerciales en 2001, 2002, 2003 et 2004*, décision de la Commission, 28 mars 2003 (en ligne) (« *Radio commerciale 2003* »). Dans ce dossier, la Commission a été appelée à fixer les tarifs de copies accessoires de diffusion dans le contexte de la radio commerciale.

[89] La Commission a alors pris en considération trois facteurs qu'elle a jugés pertinents aux fins de soutenir le tarif qu'elle a sélectionné en définitive. Premièrement, elle a conclu que l'existence du droit de reproduction « tend à favoriser l'établissement d'une redevance plus que nominale, et ce, même si l'utilisation [de ce droit] dans le cadre d'activités de diffusion est une utilisation accessoire à cette diffusion » : *Radio commerciale 2003*, p. 13. Deuxièmement, a-t-elle conclu, « l'utilisation des nouvelles techniques de diffusion entraîne une baisse des coûts pour les stations de radio. La reproduction de la musique sur disque dur, qui optimise l'utilisation de ces nouvelles techniques, fait en sorte que les titulaires ont droit à une juste part des efficiencies qui découlent de cette reproduction » : *ibid.*, p. 13. Troisièmement, la Commission a conclu que la nature « optionnelle » du tarif (dans la mesure où les postes de radio pourraient éviter le tarif en refusant de faire des copies accessoires de diffusion) apaisait les craintes qu'un tarif élevé puisse décourager l'innovation dans les techniques de diffusion : *ibid.*, p. 13.

[90] La Commission a ensuite soupesé ces facteurs et conclu qu'un tarif de base de 1 % des recettes brutes de l'utilisateur était juste, sous réserve

adjustment based on repertoire size: *Commercial Radio 2003*, at p. 14. At the time, SOCAN was entitled to a performance tariff of 3.2 percent of gross revenues, thus establishing a ratio of broadcast-incident copying and performance tariffs at 1:3.2.

[91] In 2010, the Board was again tasked with setting reproduction and performance royalties to be paid to collective rights organizations for commercial radio activities: *Statement of Royalties to be Collected by SOCAN, Re: Sound, CSI, AVLA/SOPROQ and Artisti in Respect of Commercial Radio Stations*, decision of the Board, July 9, 2010 (online) (“*Commercial Radio 2010*”). In that matter, the Board reaffirmed the 1:3.2 ratio, underscored the fact that this ratio was supported in part based on the efficiency gains realized through digital technology, and applied it to set tariffs for broadcast-incident copying: para. 223.

(d) *The Application of Technological Neutrality and Balance to the Valuation Analysis*

[92] It is evident both from the Board’s reasons in this case and the reasoning underlying the historical use of the 1:3.2 ratio that the valuation of the licence fee covering CBC’s broadcast-incident copying did not apply a valuation method consistent with the principle of technological neutrality because there was no comparison of the value contributed by the copyright-protected reproductions as between CBC’s prior technology and its new digital technology. It also failed to take into account the relative contributions made by the use of copyright-protected works and the risk and investment by the user in its digital technology, as required by the balance principle.

d’un rajustement fondé sur la taille du répertoire : *Radio commerciale 2003*, p. 14. À l’époque, la SOCAN avait droit à un tarif au titre de l’exécution de 3,2 % des recettes brutes, ce qui établissait le ratio pour les copies accessoires de diffusion et les tarifs d’exécution à 1:3.2.

[91] En 2010, la Commission a encore une fois été appelée à fixer des redevances d’exécution et de reproduction à verser à des sociétés de gestion collective pour les activités de radio commerciale : *Tarif des redevances à percevoir par la SOCAN, Ré: Sonne, CSI, AVLA/SOPROQ et Artisti à l’égard des stations de radio commerciale*, décision de la Commission, 9 juillet 2010 (en ligne) (« *Radio commerciale 2010* »). Dans cette affaire, la Commission a confirmé le ratio de 1:3.2, a souligné le fait que ce ratio était justifié en partie par les gains d’efficacité réalisés grâce à une technologie numérique, et a appliqué celui-ci pour fixer des tarifs au titre des copies accessoires de diffusion : par. 223.

(d) *L’application des principes de neutralité technologique et de mise en équilibre à l’analyse de la valeur*

[92] Il ressort clairement des motifs de la Commission dans le présent dossier et du raisonnement qui sous-tend son utilisation du ratio de 1:3.2 dans le passé qu’en procédant à la détermination des redevances que doit verser la SRC au titre des copies accessoires de diffusion, la Commission n’a pas appliqué une méthode d’évaluation compatible avec le principe de neutralité technologique. En effet, elle n’a procédé à aucune comparaison de la valeur générée par les reproductions d’œuvres protégées par le droit d’auteur lorsque la SRC utilisait la technologie antérieure par rapport à cette valeur lorsqu’elle utilise sa nouvelle technologie numérique. La Commission a également omis de prendre en considération les contributions relatives découlant de l’utilisation des œuvres protégées par le droit d’auteur par rapport au risque qu’a pris l’utilisateur et à son investissement pour acquérir sa technologie numérique, tel que l’exige le principe de mise en équilibre.

[93] One may argue that the complexities of technological systems and business models mean there is no objective way to determine how much of the value generated by a technologically dependent system should be allocated to right holders and how much should be allocated to the user, in view of technological neutrality and balance. It is the Board's duty to apply the principles of technological neutrality and balance in a reasonable and coherent manner. Whenever the Board engages in the valuation of a licence or tariff, it arrives at a determination by applying its experience and expertise to weigh evidence that may not be reducible to an objective economic valuation. This difficulty, however, should not mean that the Board cannot carefully consider expert evidence, the availability of any suitable proxies, and other relevant considerations in arriving at a reasonable valuation. Overall, the Board's valuation analysis must comport with the *Copyright Act's* fundamental requirement to recognize technological neutrality and balance between user and right-holder interests. In licence proceedings where technological neutrality and balance are relevant, it will be for the Board to establish how evidence bearing on these principles will be presented. Since a party is generally required to provide evidence of what is necessary to support its claim, the Board may well consider placing the onus on the right holder to assert how the use of a copyright-protected work should justify its desired licence fee, with the onus then on the user to demonstrate why a lower fee is justified.

[94] I do not, however, attempt to dictate the procedures the Board must follow in its licence proceedings, as it enjoys the discretion to set its own procedures and practices in each case, subject to its regulations as approved by the Governor in Council: *Copyright Act*, s. 66.6(1).

[93] D'aucuns pourraient prétendre qu'en raison de la complexité des systèmes technologiques et des modèles d'entreprise, il n'existe aucune manière objective de déterminer la part de la valeur générée par un système qui dépend de la technologie que l'on doit attribuer aux titulaires d'un droit et la part que l'on doit attribuer à l'utilisateur, compte tenu de la neutralité technologique et de la mise en équilibre. Il incombe néanmoins à la Commission d'appliquer les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre de manière raisonnable et cohérente. Lorsqu'elle procède à l'évaluation d'une licence ou d'un tarif, la Commission arrive à une décision en se servant de son expérience et de son expertise pour soupeser une preuve qui peut ne pas se réduire à une évaluation économique objective. Il ne faut toutefois pas déduire de l'existence de cette difficulté que la Commission ne peut pas examiner soigneusement une preuve d'expert, l'existence d'approximations applicables et d'autres facteurs pertinents pour en arriver à une évaluation raisonnable. Dans l'ensemble, l'analyse de la valeur faite par la Commission doit être conforme à l'exigence selon laquelle il faut reconnaître la neutralité technologique et l'équilibre établi par la *LDA* entre les droits des utilisateurs et ceux des titulaires du droit d'auteur. Dans les instances en matière de licence où la neutralité technologique et la mise en équilibre sont pertinentes, il incombe à la Commission d'établir le mode de présentation de la preuve ayant trait à ces principes. Puisqu'une partie est généralement tenue de fournir une preuve de ce qui est nécessaire pour étayer ses prétentions, la Commission peut fort bien envisager d'imposer au titulaire d'un droit l'obligation de démontrer comment l'utilisation d'une œuvre protégée par un droit d'auteur devrait justifier les redevances qu'il réclame, l'utilisateur étant ensuite tenu de démontrer pourquoi des redevances inférieures sont justifiées.

[94] Toutefois, loin de moi l'idée d'imposer la procédure que la Commission doit suivre dans le cadre des instances en matière de licence dont elle est saisie, car elle jouit d'un pouvoir discrétionnaire pour établir ses propres pratiques et procédures dans chaque cas, sous réserve des règlements qu'elle prend et qui sont approuvés par le gouverneur en conseil : *LDA*, par. 66.6(1).

[95] There will no doubt be a degree of informed judgment in the valuation analysis, as there is some amount of informed judgment in all licence proceedings in which the Board is called upon to assign monetary figures to uses of copyright-protected works whose value is not easily quantified. Nevertheless, the Board must ground its decisions in the *Copyright Act*, the principles of technological neutrality and balance, its expertise, and the evidence before it.

[96] I conclude that the Board's decision was unreasonable in that it did not consider how the principles of technological neutrality and balance ought to have been reflected in the licence fees imposed on CBC with regard to its television and Internet broadcast-incidental copying activity. I would remit the matter to the Board for reconsideration of those portions of the Statutory Licence Decision that address these fees with instructions to conduct its analysis in a manner that is consistent with technological neutrality and balance, as discussed above.

D. *The Board's Interim Decision*

(1) The Board's "Status Quo" Approach Was Reasonable

[97] The Board is empowered by s. 66.51 of the *Copyright Act* to issue interim orders. The language of s. 66.51 is discretionary: "The Board *may*, on application, make an interim decision." The statute provides no further indication of how the Board is to exercise its discretion in issuing or choosing not to issue interim decisions.

[98] In issuing its Interim Licence Decision, the Board observed that "[a]n interim decision serves chiefly to avoid the negative consequences caused by the length of the proceedings and may serve to avoid the legal vacuums created when protected works are used without authorization": para. 17. In its opinion, "the best way to achieve the objectives of an interim decision is to maintain the status quo

[95] Il faudra évidemment faire preuve d'un certain degré de jugement éclairé dans l'analyse de la valeur, tout comme dans toutes les instances en matière de licence dans lesquelles la Commission est appelée à attribuer une valeur monétaire à des utilisations d'œuvres protégées par un droit d'auteur dont la valeur n'est pas aisément quantifiée. Néanmoins, la Commission doit fonder ses décisions sur la *LDA*, sur les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre, sur son expertise et sur la preuve produite.

[96] Je conclus que la décision de la Commission était déraisonnable au motif qu'elle n'a pas pris en considération la manière dont les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre devaient se refléter dans les redevances imposées à la SRC en ce qui concerne sa confection de copies accessoires de diffusion pour la télévision et Internet. Je suis d'avis de renvoyer l'affaire à la Commission pour nouvel examen des portions de la Décision sur la licence légale qui portent sur ces redevances et nouvelle analyse d'une manière qui concorde avec la neutralité technologique et avec la mise en équilibre, tel qu'il en a été question précédemment.

D. *Décision provisoire de la Commission*

(1) Le maintien du « statu quo » par la Commission était raisonnable

[97] La Commission est habilitée par l'art. 66.51 de la *LDA* à rendre des ordonnances provisoires. Le libellé de l'art. 66.51 lui confère un pouvoir discrétionnaire : « La Commission *peut*, sur demande, rendre des décisions provisoires. » La loi ne précise pas la manière dont la Commission doit exercer ce pouvoir pour rendre ou choisir de ne pas rendre des décisions provisoires.

[98] Lorsqu'elle a rendu la Décision sur la licence provisoire, la Commission a fait remarquer qu'« [u]ne décision provisoire sert avant tout à éviter les effets néfastes de la longueur des procédures et peut servir à éviter les vides juridiques créés lorsqu'il y a une utilisation d'œuvres protégées sans autorisation » : par. 17. À son avis, « la meilleure façon d'atteindre les objectifs d'une décision provisoire est

while avoiding a legal vacuum”, unless a balance of convenience indicates that a change to the status quo is appropriate: para. 18.

[99] I am unpersuaded by CBC’s argument that the Board’s approach to identifying the status quo and using it as the basis for an interim licence has impermissibly “fettered its discretion by adopting an overly restrictive definition of the status quo”: A.F., at para. 139. The Board’s approach allows it to avoid the uncertainty and legal vacuums that would occur in the absence of an interim decision, and the use of the licence terms in effect immediately prior to the entering into effect of the interim decision provides for continuity between the previous arrangement and the interim licence. Further, the Board’s acknowledgment that factors may sometimes justify departing from the status quo where indicated by the balance of convenience provides that the Board has not completely fettered its discretion.

[100] I find nothing unreasonable in the Board’s approach to identifying and using the 2008-2012 statutory licence as the status quo in this case. However, in view of the fact that I would remit the matter for reconsideration of the 2008-2012 licence as set out above, it will be necessary for the Board to reconsider the terms of the interim statutory licence to ensure that it is consistent with the Board’s redetermination of the 2008-2012 licence fee.

(2) The Board May Not Compel a User to Agree to the Terms of a Licence Against the Will of the User

[101] CBC argues that, while the Board may fix the royalties to be paid under the statutory licensing procedure created by s. 70.2 of the *Copyright Act*, the Board may not set the other terms or structure of that licence. Specifically, CBC takes issue with the Board’s decision to impose an interim licence on a blanket basis, such that CBC pays for access to the entire SODRAC repertoire, rather than on

de maintenir le *statu quo* tout en évitant un vide juridique », à moins qu’un changement au *statu quo* soit souhaitable, eu égard à la prépondérance des inconvénients : par. 18.

[99] Je ne peux retenir l’argument de la SRC selon lequel la manière dont la Commission a déterminé le *statu quo* et l’a utilisé pour fonder une licence provisoire a de façon inadmissible [TRADUCTION] « fait entrave à son pouvoir discrétionnaire en adoptant une définition excessivement restrictive du *statu quo* » : m.a., par. 139. La méthode retenue par la Commission permet à cette dernière d’éviter l’incertitude et les vides juridiques qui surviendraient en l’absence d’une décision provisoire, et l’utilisation des modalités de la licence en vigueur immédiatement avant l’entrée en vigueur de la décision provisoire assure la continuité entre l’accord précédent et la licence provisoire. En outre, sa reconnaissance que certains facteurs pourraient parfois justifier une dérogation au *statu quo* eu égard à la prépondérance des inconvénients indique que la Commission n’a pas complètement fait abstraction de son pouvoir discrétionnaire.

[100] Je ne vois rien de déraisonnable dans la manière dont la Commission a choisi et utilisé la licence légale 2008-2012 comme *statu quo* dans la présente affaire. Toutefois, comme je suis d’avis de lui renvoyer le dossier pour réexamen de la licence 2008-2012 ainsi que je l’ai mentionné précédemment, la Commission devra revoir les modalités de la licence légale provisoire pour veiller à ce que celles-ci concordent avec sa nouvelle décision sur les redevances visées par la licence 2008-2012.

(2) La Commission ne peut contraindre un utilisateur à accepter contre son gré les modalités d’une licence

[101] La SRC fait valoir que, si elle peut fixer les redevances à payer en application de la procédure d’octroi de licences légales créée par l’art. 70.2 de la *LDA*, la Commission ne peut cependant pas énoncer les autres modalités ou la structure de cette licence. Plus spécifiquement, la SRC conteste la décision de la Commission d’imposer une licence provisoire de manière générale, obligeant ainsi la

CBC's preferred transactional basis, whereby CBC would pay only whenever it actually used a work from the SODRAC repertoire. A blanket licence grants access to SODRAC's entire repertoire for its duration, and thus reduces CBC's ability to control its licensing costs. Under a transactional licence, by contrast, CBC may choose in any given situation whether it wishes to license a particular work or forego making use of SODRAC music. CBC argues that if the collective organization and the user disagree over the model a licence is to take — blanket or transactional — the Board lacks the power to compel the execution of a licence.

[102] SODRAC counters that the Board has the power to issue licences in either blanket or transactional form, and should have this power in all proceedings under s. 70.2. To hold otherwise, it argues, would be “to make the Board's remedial jurisdiction under section 70.2 dependent upon the consent of a user, [and] would be at odds with its mandate to resolve disputes”: R.F., at para. 133.

[103] Though CBC first raised this issue in the context of the Board's Interim Licence Decision, the dispute relates generally to the Board's power to structure licences, whether interim or not: Does the Board's power to set the terms of a licence include the power to bind the parties to those terms?

[104] I do not read the *Copyright Act* to necessitate that decisions made pursuant to the Board's licence-setting proceedings under s. 70.2 have a binding effect against users. Section 70.2(1) itself provides that where a collective organization and a user cannot agree on the terms of a licence, either party may apply to the Board to “fix the royalties and their related terms and conditions”. This grant of power speaks of the Board's authority to set

SRC à verser une somme d'argent pour avoir accès au répertoire complet de la SODRAC, plutôt qu'à la pièce, comme elle le souhaite, ce qui lui permettrait de ne payer que lorsqu'elle utilise effectivement une œuvre puisée dans ce répertoire. Une licence générale accorde pour toute sa durée un accès au répertoire complet de la SODRAC et réduit ainsi la capacité de la SRC de contrôler ses coûts de licence. Par opposition, une licence ponctuelle permettrait à la SRC de choisir, dans une situation donnée, si elle souhaite obtenir une licence à l'égard d'une œuvre donnée ou renoncer à utiliser la musique de la SODRAC. La SRC soutient que, si la société de gestion et l'utilisateur ne peuvent s'entendre sur le modèle que doit revêtir une licence — générale ou ponctuelle —, la Commission n'a pas le pouvoir de forcer la passation d'une licence.

[102] La SODRAC soutient en revanche que la Commission est habilitée à octroyer des licences — générales ou ponctuelles — et qu'elle devrait détenir ce pouvoir dans toutes les instances fondées sur l'art. 70.2. Si on concluait le contraire, affirme-t-elle, [TRADUCTION] « la compétence de la Commission en matière de réparation en application de l'art. 70.2 serait tributaire du consentement d'un utilisateur, [. . .] ce qui serait contraire au mandat qui est le sien de résoudre des conflits » : m.i., par. 133.

[103] Bien que la SRC ait soulevé cette question dans le contexte de la Décision sur la licence provisoire de la Commission, le litige se rapporte généralement au pouvoir de la Commission de structurer les licences, qu'elles soient provisoires ou non : le pouvoir de la Commission de fixer les modalités d'une licence emporte-t-il le pouvoir de lier les parties à ces modalités?

[104] À mon avis, la *LDA* n'exige pas que les décisions prises dans le cadre des instances de la Commission visant à fixer les modalités d'une licence en vertu de l'art. 70.2 aient un effet obligatoire à l'égard des utilisateurs. Le paragraphe 70.2(1) lui-même prescrit que lorsque la société de gestion et l'utilisateur ne peuvent s'entendre sur les modalités d'une licence, l'une ou l'autre partie peut s'adresser à la Commission et

down in writing a set of terms that, in its opinion, represent a fair deal to license the use of the works at issue. It says nothing, however, about whether these terms are to be binding against the user.

[105] The statutory context supports the conclusion that licences crafted pursuant to s. 70.2 proceedings are not automatically binding on users. Section 70.4 of the Act provides:

70.4 Where any royalties are fixed for a period pursuant to subsection 70.2(2), the person concerned may, during the period, subject to the related terms and conditions fixed by the Board and to the terms and conditions set out in the scheme and on paying or offering to pay the royalties, do the act with respect to which the royalties and their related terms and conditions are fixed and the collective society may, without prejudice to any other remedies available to it, collect the royalties or, in default of their payment, recover them in a court of competent jurisdiction.

[106] This provision makes it clear that a user whose copying activities were the subject of a s. 70.2 proceeding *may* avail itself of the terms and conditions established by the Board as a way to gain authorization to engage in the activity contemplated in the Board proceeding. The language of s. 70.4 does not, of its own force, bind the user to the terms and conditions of the licence.

[107] The conclusion that Board licences established pursuant to s. 70.2 are not binding on users comports with the more general legal principle that “no pecuniary burden can be imposed upon the subjects of this country, by whatever name it may be called, whether tax, due, rate or toll, except upon clear and distinct legal authority”: *Gosling v. Veley* (1850), 12 Q.B. 328, 116 E.R. 891, at p. 407, as approved and adopted in *Ontario English Catholic Teachers’ Assn. v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 15, [2001] 1 S.C.R. 470, at para. 77, and *Attorney-General v. Wilts United Dairies, Ltd.*

lui demander de « fixer ces redevances ou modalités [afférentes] ». Cela témoigne du pouvoir de la Commission de formuler par écrit une série de modalités qui, à son avis, représentent une entente raisonnable en vue d’autoriser l’utilisation des œuvres en cause. Cette disposition reste cependant muette sur la question de savoir si ces modalités doivent lier l’utilisateur.

[105] Le contexte législatif permet de conclure que les modalités dont les licences sont assorties dans le cadre d’instances tenues en application de l’art. 70.2 ne lient pas automatiquement les utilisateurs. L’article 70.4 de la LDA prescrit ce qui suit :

70.4 L’intéressé peut, pour la période arrêtée par la Commission, accomplir les actes à l’égard desquels des redevances ont été fixées, moyennant paiement ou offre de paiement de ces redevances et conformément aux modalités afférentes fixées par la Commission et à celles établies par la société de gestion au titre de son système d’octroi de licences. La société de gestion peut, pour la même période, percevoir les redevances ainsi fixées et, indépendamment de tout autre recours, en poursuivre le recouvrement en justice.

[106] Il est clair, suivant cette disposition, que l’utilisateur dont la confection de copies a fait l’objet d’une instance fondée sur l’art. 70.2 *peut* se prévaloir des modalités fixées par la Commission comme moyen pour obtenir l’autorisation d’accomplir l’activité envisagée dans le cadre de l’instance qui se déroule devant la Commission. Le texte de l’art. 70.4 en lui-même ne lie donc pas l’utilisateur aux modalités dont la licence est assortie.

[107] La conclusion selon laquelle les licences dont les modalités sont fixées par la Commission en vertu de l’art. 70.2 ne lient pas les utilisateurs est compatible avec le principe juridique plus général selon lequel « aucune charge pécuniaire ne peut être imposée aux sujets de ce pays, peu importe le nom qu’on lui donne, qu’il s’agisse d’une taxe, d’une cotisation, d’un tarif ou d’un péage, sauf en vertu d’une autorité légale claire et distincte » : *Gosling c. Veley* (1850), 12 Q.B. 328, 116 E.R. 891, p. 407, tel qu’approuvé et adopté dans *Ontario English Catholic Teachers’ Assn. c. Ontario (Procureur général)*,

(1921), 37 T.L.R. 884 (C.A.), at p. 885. To bind a user to a licence would be to make it liable according to its terms and conditions should it engage in the covered activity. In the absence of clear and distinct legal authority showing that this was Parliament's intent, the burdens of a licence should not be imposed on a user who does not consent to be bound by its terms.

[108] SODRAC's framing of the issue is not entirely wrong: the Board does have the power under s. 70.2 to "fix the royalties and their related terms and conditions". That is, the Board may decide upon a fair royalty to be paid should the user decide to engage in the activity at issue under the terms of a licence. However, this power does not contain within it the power to force these terms on a user who, having reviewed the terms, decided that engaging in licensed copying is not the way to proceed. Of course, should the user then engage in unauthorized copying regardless, it will remain liable for infringement. But it will not be liable as a licensee unless it affirmatively assumes the benefits and burdens of the licence.

[109] The matter is complicated considerably by the fact that the Board's statutory licence decisions have, in recent years, taken on an increasingly retroactive character. CBC's statutory licence in this case provides an example: the licence covers the period from November 2008 to March 2012, but the Board's final decision was issued on November 2, 2012, after the term of the licence had expired. In situations like these, the Board may issue interim licences that seek to fill the legal vacuum before the final decision is ready, but this leaves a user to operate based on assumptions about how their ultimate liability for actions taken during the interim period will be evaluated.

2001 CSC 15, [2001] 1 R.C.S. 470, par. 77, et *Attorney-General c. Wilts United Dairies, Ltd.* (1921), 37 T.L.R. 884 (C.A.), p. 885. Lier un utilisateur à l'égard d'une licence reviendrait à l'assujettir à ses modalités s'il en venait à accomplir l'activité visée. En l'absence, dans la loi, d'un pouvoir clair et distinct démontrant que c'était là l'intention du législateur, le fardeau d'une licence ne devrait pas être imposé à l'utilisateur qui ne consent pas à être lié par ses modalités.

[108] La formulation de la question en litige par la SODRAC n'est pas entièrement erronée : la Commission a effectivement le pouvoir, aux termes de l'art. 70.2, de « fixer ces redevances ou modalités [afférentes] », ce qui signifie qu'elle peut fixer des droits d'auteur équitables à verser si l'utilisateur décide d'accomplir l'activité en cause suivant les modalités d'une licence. Toutefois, ce pouvoir n'emporte pas en lui-même celui de contraindre l'utilisateur à accepter ces modalités lorsqu'après les avoir examinées, il décide de ne pas effectuer les copies visées par la licence. Évidemment, si l'utilisateur effectue ensuite des copies non autorisées, il demeurera responsable de la violation. Par contre, il ne sera pas responsable en tant que titulaire à moins qu'il ne souscrive expressément aux avantages et aux obligations dont la licence est assortie.

[109] L'affaire est considérablement compliquée par le fait que, au cours des récentes années, les décisions de la Commission sur les licences légales ont revêtu un caractère de plus en plus rétroactif. La licence légale de la SRC dans la présente affaire en est un exemple : elle couvre la période allant du mois de novembre 2008 au mois de mars 2012, alors que la décision finale de la Commission a été rendue le 2 novembre 2012, après l'expiration des modalités de la licence. Dans de telles situations, la Commission peut octroyer des licences provisoires qui visent à combler le vide juridique avant que la décision finale ne soit prête. Cela signifie cependant que l'utilisateur doit mener ses activités sur le fondement de suppositions sur la manière dont sera évaluée sa responsabilité en définitive pour des actes accomplis dans l'intervalle.

[110] Should a user engage in copying activity under an interim licence, and then find itself presented with a final licence whose terms it would not voluntarily assume, the user is left in a difficult position: accept the terms of an undesirable licence, or decline the licence and retroactively delegitimize the covered activity engaged in during the interim period, risking an infringement suit. This dilemma may mean that a user who operates under an interim licence has no *realistic* choice but to assume the terms of the final licence.

[111] While I find this possibility troubling, I do not find that this result would detract from the more general proposition that there is no legal basis on which to hold users to the terms of a licence without their assent. The licence is not *de jure* binding against users, even if the particulars of a specific proceeding, and a user's decision to engage in covered activity during an interim period, may mean that the user does not *de facto* have a realistic choice to decline the licence.²

[112] I conclude that the statutory licensing scheme does not contemplate that licences fixed by the Board pursuant to s. 70.2 should have a mandatory binding effect against users. However, this case does not require this Court to decide whether the same is true of collective organizations. It may be that the statutory scheme's focus on regulating the actions of collective organizations, and the case law's focus on ensuring that such organizations do not devolve into "instruments of oppression and extortion" (*Vigneux v. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1943] S.C.R. 348, at p. 354, per Duff J., quoting *Hanfstaengl v. Empire Palace*, [1894] 3 Ch. 109, at p. 128) would justify finding that the Board

² During the hearing before this Court, counsel for the interveners the Centre for Intellectual Property Policy and Ariel Katz briefly raised concerns regarding the Board's power to issue retroactively binding decisions in general. That issue was not squarely before this Court in this case, and I do not purport to decide broader questions concerning the legitimacy of or limits on the Board's power to issue retroactive decisions here.

[110] S'il en venait à faire des copies en vertu d'une licence provisoire et qu'il obtenait ensuite une licence définitive dont il n'acceptait pas volontairement les modalités, l'utilisateur se retrouvait devant un choix difficile : accepter les modalités d'une licence qui lui est indésirable ou refuser la licence et rendre invalide rétroactivement l'activité visée qu'il a menée dans l'intervalle, et ainsi risquer une action en contrefaçon. En raison de ce dilemme, l'utilisateur qui mène ses activités en vertu d'une licence provisoire pourrait n'avoir d'autre choix *réaliste* que d'accepter les modalités dont la licence définitive est assortie.

[111] Si cette possibilité me paraît déconcertante, je ne crois pas que ce résultat déroge à la proposition plus générale selon laquelle il n'y a aucun fondement juridique permettant de contraindre les utilisateurs à accepter contre leur gré les modalités d'une licence. Celle-ci ne lie pas les utilisateurs en droit même si les particularités d'une instance donnée et la décision d'un utilisateur de mener l'activité visée au cours d'une période intérimaire peuvent signifier qu'il n'a pas dans les faits le choix réaliste de refuser la licence².

[112] Je conclus que le régime législatif d'octroi de licences n'envisage pas la possibilité que des licences fixées par la Commission en vertu de l'art. 70.2 aient un effet obligatoire à l'égard des utilisateurs. Cependant, la présente affaire n'oblige pas la Cour à décider s'il en est de même à l'égard des sociétés de gestion collective. Il se peut que l'objectif principal du régime législatif de régler les actions des sociétés de gestion collective et celui de la jurisprudence de faire en sorte que de telles sociétés ne se transforment pas en des [TRADUCTION] « instruments d'oppression et d'extorsion » (*Vigneux c. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1943] R.C.S. 348, p. 354, le juge

² Lors de l'audience tenue devant la Cour, l'avocat des intervenants le Centre des politiques en propriété intellectuelle et Ariel Katz a soulevé brièvement des préoccupations relativement au pouvoir de la Commission de rendre rétroactivement des décisions obligatoires en général. Cette question n'a pas été directement soumise à la Cour dans la présente affaire, et je n'entends pas me prononcer ici sur des questions plus générales concernant la légitimité ou les limites du pouvoir de la Commission de rendre des décisions rétroactives.

does have the power to bind collective organizations to a licence based on the user's preferred model — transactional or blanket — on terms that the Board finds fair in view of that model. However, this issue was not argued in this case.

[113] I find that licences fixed by the Board do not have mandatory binding force over a user; the Board has the statutory authority to fix the terms of licences pursuant to s. 70.2, but a user retains the ability to decide whether to become a licensee and operate pursuant to that licence, or to decline.

VI. Conclusion

[114] The Board did not take account of the principles of technological neutrality and balance in valuing the licence fees for CBC's television and Internet broadcast-incidentals. I would allow the appeal, set aside the 2008-2012 statutory licence as it relates to the valuation of CBC's television and Internet broadcast-incidentals and remit the Statutory Licence Decision to the Board for reconsideration of that valuation in accordance with the principles of technological neutrality and balance.

[115] To the extent that the interim licence fees were based on the valuation of the broadcast-incidentals in the 2008-2012 statutory licence, I would set aside the interim licence and remit the Interim Licence Decision for reconsideration consistent with the principles guiding the redetermination of the 2008-2012 licence.

[116] CBC is entitled to its costs here and in the Federal Court of Appeal.

Duff, citant *Hanfstaengl c. Empire Palace*, [1894] 3 Ch. 109, p. 128) justifie la conclusion selon laquelle la Commission a effectivement le pouvoir de contraindre les sociétés de gestion à accepter une licence compte tenu du modèle préféré de l'utilisateur — ponctuel ou général — selon les modalités que la Commission juge équitables eu égard à ce modèle. Toutefois, cette question n'a pas été débattue dans la présente affaire.

[113] Je suis d'avis que les licences octroyées par la Commission ne sont pas revêtues d'un caractère obligatoire à l'égard d'un utilisateur; la Commission a le pouvoir de fixer les modalités d'une licence en vertu de l'art. 70.2, mais l'utilisateur reste libre de décider de devenir titulaire de la licence et mener ses activités conformément à cette dernière, ou de refuser de le faire.

VI. Conclusion

[114] La Commission n'a pas tenu compte des principes de neutralité technologique et de mise en équilibre pour fixer les redevances relatives aux copies accessoires de diffusion télévisuelle et sur Internet de la SRC. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la licence légale 2008-2012 en ce qui a trait à la fixation des redevances relatives aux copies accessoires de diffusion télévisuelle et sur Internet de la SRC et de renvoyer la Décision sur la licence légale à la Commission pour réexamen de la fixation des redevances en tenant compte des principes de neutralité technologique et de mise en équilibre.

[115] Dans la mesure où les redevances fixées par la licence provisoire reposaient sur l'évaluation des copies accessoires de diffusion dans la licence légale 2008-2012, je suis d'avis d'annuler la licence provisoire et de renvoyer la Décision sur la licence provisoire pour réexamen en conformité avec les principes qui s'appliquent aux fins de la nouvelle décision sur la licence 2008-2012.

[116] La SRC a droit à ses dépens devant la Cour et devant la Cour d'appel fédérale.

The following are the reasons delivered by

[117] ABELLA J. (dissenting) — This appeal is based on a decision by the Copyright Board to impose royalty fees on the Canadian Broadcasting Corporation (CBC) for incidental copies required to be made in the process of turning a television program into a broadcast. The imposition of such fees not only violates the principle of technological neutrality endorsed by this Court three years ago in *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, [2012] 2 S.C.R. 231, it distorts the accepted balance between the rights of copyright holders and the public. The CBC already pays royalty fees for broadcasting rights. These additional fees artificially raise the cost of broadcasting television programs, resulting in an increased cost to consumers for the same product. Attaching copyright liability to incidental copies created as a result of improvements in broadcasting technologies penalizes broadcasters and the public for utilizing new and improved technologies and artificially creates entitlements to compensation for creators that were never intended to be given under the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42. The decision is, as a result, unreasonable.

Background

[118] The CBC, Canada's public broadcaster, both produces and broadcasts television programs. It broadcasts its own original programs as well as programs that have been produced by third party producers.

[119] The Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (SODRAC) Inc. (SODRAC) is a collective society operating under the *Copyright Act*. It administers the reproduction rights held by its members in their musical works, namely, "the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever": s. 3(1). Notably, it does not administer performance rights,

Version française des motifs rendus par

[117] LA JUGE ABELLA (dissidente) — Le présent pourvoi est fondé sur la décision de la Commission du droit d'auteur d'imposer des redevances à la Société Radio-Canada (SRC) pour toute copie accessoire qu'elle doit créer au cours du processus de diffusion d'une émission de télévision. L'imposition de ces redevances porte non seulement atteinte au principe de neutralité technologique adopté par la Cour il y a trois ans dans l'arrêt *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, [2012] 2 R.C.S. 231, mais elle rompt également l'équilibre établi entre les droits des titulaires d'un droit d'auteur et le public. La SRC paie déjà des redevances pour les droits de diffusion. Ces frais additionnels augmentent artificiellement le coût de diffusion des programmes télévisés, ce qui a pour conséquence d'accroître le coût du même produit pour les consommateurs. Rattacher une responsabilité pour violation du droit d'auteur pour toute copie accessoire créée en raison de l'amélioration des technologies de diffusion pénalise les diffuseurs et le public pour l'utilisation des technologies nouvelles et améliorées et confère artificiellement aux créateurs le droit à une rémunération qui n'a jamais été prévue par la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42. Par conséquent, la décision est déraisonnable.

Contexte

[118] La SRC, le diffuseur public canadien, produit et diffuse des émissions de télévision. Elle diffuse ses propres émissions originales ainsi que des émissions qui ont été produites par des producteurs tiers.

[119] La Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) Inc. (SODRAC) est une société de gestion collective qui exerce ses activités en application de la *Loi sur le droit d'auteur*. Elle gère les droits de reproduction de ses membres quant à leurs œuvres musicales, à savoir « le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque » : par. 3(1). Fait à noter, elle

which include broadcasting rights. SODRAC operates by taking an assignment of its members' reproduction rights, and representing them in negotiations with parties who seek to reproduce works in SODRAC's repertoire.

[120] A producer of television programming incorporates musical works into an audiovisual program. The CBC pays royalties to SODRAC for the right to incorporate musical works in SODRAC's repertoire into its television programs. The process of incorporation is called synchronization. It is a multi-step process which currently requires the creation of between 12 and 20 incidental copies of the work in order to produce the final synchronized "master" copy of the television program. Once the synchronization process is complete, there will be a single master copy of the synchronized program that the producer provides to the broadcaster, usually on a digital medium such as a CD or digital tape.

[121] In order to lawfully reproduce the musical works during synchronization, a producer must obtain a synchronization licence from the holder of the reproduction right in the musical works. In Canada, SODRAC has a virtual monopoly over reproduction rights of French-language music. SODRAC issues synchronization licences to producers, allowing them to make any reproductions necessary to create a synchronized audiovisual work. If the CBC synchronizes a television program using music from SODRAC's repertoire, it is required to have a synchronization licence from SODRAC. If it receives television programming from a third party producer, it is the third party producer who is required to have the synchronization licence.

[122] SODRAC holds only the reproduction rights to the works in its repertoire, it is not entitled to royalties associated with the broadcasting of those works. Royalties for the right to broadcast the works are paid instead to the Society of Composers,

ne gère pas les droits d'exécution, qui incluent les droits de diffusion. La SODRAC obtient une cession des droits de reproduction de ses membres et les représente dans le cadre de négociations avec des parties qui cherchent à reproduire des œuvres contenues dans son répertoire.

[120] Le producteur d'émissions de télévision incorpore des œuvres musicales dans des émissions audiovisuelles. La SRC paie des redevances à la SODRAC pour avoir le droit d'incorporer des œuvres musicales contenues dans le répertoire de cette dernière dans ses émissions de télévision. Le processus d'incorporation est appelé synchronisation. Il s'agit d'un processus à plusieurs étapes, qui requiert actuellement la création d'entre 12 et 20 copies accessoires de l'œuvre afin de produire la copie « maîtresse » finale synchronisée de l'émission de télévision. Lorsque le processus de synchronisation est terminé, une seule copie maîtresse de l'émission synchronisée est créée, puis remise par le producteur au diffuseur, habituellement sur un support numérique comme un CD ou un ruban d'enregistrement numérique.

[121] Pour pouvoir reproduire légalement les œuvres musicales durant la synchronisation, le producteur doit obtenir une licence de synchronisation de la part du titulaire du droit de reproduction des œuvres musicales. Au Canada, la SODRAC exerce un quasi-monopole sur les droits de reproduction de la musique francophone. Elle accorde des licences de synchronisation aux producteurs, les autorisant ainsi à effectuer toute reproduction nécessaire pour créer une œuvre audiovisuelle synchronisée. Ainsi, lorsque la SRC synchronise une émission de télévision en utilisant de la musique provenant du répertoire de la SODRAC, elle doit obtenir de cette dernière une licence de synchronisation. Si la SRC reçoit une émission de télévision d'un producteur tiers, c'est ce dernier qui doit détenir la licence de synchronisation.

[122] La SODRAC est titulaire uniquement des droits de reproduction des œuvres contenues dans son répertoire et n'a pas droit aux redevances relatives à la diffusion de ces œuvres. Ces redevances sont plutôt versées à la Société canadienne

Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN), the collective society that administers the right to communicate the musical works to the public by telecommunication. In order to broadcast the synchronized television program, the CBC must obtain a broadcasting licence from SOCAN.

[123] Until its application to the Copyright Board in this case, SODRAC had no entitlement to royalty fees for any aspect of broadcasting the musical works.

[124] Like the synchronization process, the process of broadcasting the television program involves multiple steps, requiring the creation of incidental copies of the work. These are known as broadcast-incidental copies. The CBC makes broadcast-incidental copies of all television programs it broadcasts, regardless of whether they are produced in-house or by a third party.

[125] The activity of broadcasting begins when the digital content of the master copy is transferred to the broadcaster's digital content management system, which is the system that the broadcaster uses to manage the storage, editing, and airing of the program.

[126] Modern digital broadcasting systems consist of a number of component parts, including a broadcast server hard drive (or series of hard drives) for temporary storage of a copy of the program until it is aired, a digital tape library for longer-term storage of the program (until expiry of the broadcasting rights), computers and software packages used for screening and editing the program in preparation to be aired, a video logger used to capture a real-time copy of the aired program for compliance with the Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission (CRTC) requirements, and an automated content manager that gives instructions to the system for moving the files to and from the various components.

des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN), la société de gestion collective qui gère le droit de communiquer les œuvres musicales au public par télécommunication. Ainsi, pour diffuser une émission de télévision synchronisée, la SRC doit obtenir une licence de diffusion de la SOCAN.

[123] Avant de présenter sa demande auprès de la Commission du droit d'auteur en l'espèce, la SODRAC n'avait droit aux redevances pour aucun aspect de la diffusion d'œuvres musicales.

[124] Tout comme le processus de synchronisation, le processus de diffusion d'une émission de télévision exige de procéder à un certain nombre d'étapes, qui suppose la création de copies accessoires de l'œuvre. Celles-ci sont appelées copies accessoires de diffusion. La SRC effectue des copies accessoires de diffusion de toutes les émissions de télévision qu'elle diffuse, peu importe si elles sont produites à l'interne ou par un tiers.

[125] Le processus de diffusion commence lorsque le contenu numérique de la copie maîtresse est transféré au système de gestion du contenu numérique du diffuseur, système dont le diffuseur se sert pour gérer le stockage, l'édition et la diffusion de l'émission.

[126] Les systèmes modernes de diffusion numérique comportent plusieurs composantes, dont le disque dur d'un serveur de diffusion (ou une série de disques durs) servant au stockage temporaire d'une copie de l'émission jusqu'à ce qu'elle soit diffusée, une bibliothèque de rubans d'enregistrement numérique servant à stocker l'émission à plus long terme (jusqu'à expiration des droits de diffusion), des ordinateurs et des logiciels utilisés pour projeter et éditer l'émission en préparation de sa diffusion, un enregistreur vidéo servant à enregistrer une copie en temps réel de l'émission diffusée afin de respecter les exigences du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC), ainsi qu'un gestionnaire de contenu automatisé qui donne des instructions au système pour déplacer les fichiers vers les diverses composantes ou à partir de celles-ci.

[127] The use of modern digital broadcasting systems leads to the creation of broadcast-incidental copies of the programs, including the incorporated musical works, because, in order for the digital program file to exist on multiple components of the system at the same time, and to allow for the simultaneous functioning of the various components of the broadcasting system, multiple incidental copies of the program are necessarily created. The initial transfer of the master copy onto the digital content management system, for example, gives rise to a broadcast-incidental copy. More copies may be created as part of the process of ensuring file format compatibility with the broadcast server hard drives. Further copies will arise in the days immediately before broadcast, as the synchronized television program is temporarily copied from the digital tape library to the broadcast server hard drive: decision of the Copyright Board, file Nos. 70.2-2008-01, 70.2-2008-02, November 2, 2012 (online) (Statutory Licence Decision), at para. 54. While it is still technically possible to deliver television broadcasts without the use of servers and digital technologies, these technologies have become the norm not the exception as a result of the efficiencies and added functionality that they offer to broadcasters: Statutory Licence Decision, at para. 53.

[128] More traditional broadcasting systems are analog systems. Analog systems use analog media, not digital techniques, for storage, reproduction, or transmission of the audiovisual program. An example of analog media is the VHS tape, which is a magnetic tape. Analog broadcasting systems formerly employed by television broadcasters also typically involved the creation of broadcast-incidental copies resulting from the need to screen and edit the programs before airing, as well as to create back-up copies. Analog systems, however, resulted in fewer broadcast-incidental copies than are created by modern digital broadcasting systems.

[127] L'utilisation de systèmes modernes de diffusion numérique entraîne la création de copies accessoires de diffusion des émissions, y compris des œuvres musicales qui y sont incorporées. En fait, pour que le dossier d'émission numérique existe sur les multiples composantes du système en même temps et pour permettre le fonctionnement simultané des diverses composantes du système de diffusion, de multiples copies accessoires de l'émission doivent forcément être créées. Le transfert initial de la copie maîtresse sur le système de gestion du contenu numérique, par exemple, entraîne la création d'une copie accessoire de diffusion. D'autres copies peuvent être créées dans le cadre du processus visant à assurer la compatibilité du format du dossier avec les disques durs du serveur du diffuseur. Des copies supplémentaires sont aussi effectuées dans les jours précédant immédiatement la diffusion, puisque l'émission de télévision synchronisée est temporairement copiée à partir de la bibliothèque de rubans d'enregistrement numérique vers le disque dur du serveur du diffuseur : décision de la Commission du droit d'auteur, dossiers n^{os} 70.2-2008-01, 70.2-2008-02, 2 novembre 2012 (en ligne) (Décision sur la licence légale), par. 54. Bien qu'il soit encore possible sur le plan technique de télédiffuser sans recourir à des serveurs et à des technologies numériques, ces dernières sont devenues la norme plutôt que l'exception en raison de l'efficacité et de la fonctionnalité supplémentaire qu'elles offrent aux diffuseurs : Décision sur la licence légale, par. 53.

[128] Les systèmes de télédiffusion plus traditionnels sont des systèmes analogiques. Ceux-ci utilisent des supports analogiques, et non des techniques numériques, pour stocker, reproduire ou transmettre l'émission audiovisuelle. La cassette VHS, qui est une bande magnétique, est un exemple de support analogique. Les systèmes de diffusion analogiques anciennement utilisés par les télédiffuseurs entraînaient généralement eux aussi la création de copies accessoires de diffusion découlant de la nécessité de projeter et d'éditer les émissions avant la diffusion, ainsi que pour créer des copies de sauvegarde. Toutefois, les systèmes analogiques engendraient moins de copies accessoires de diffusion que les systèmes de diffusion modernes numériques.

[129] Modern digital broadcasting systems are much more efficient than analog systems because in the digital domain, broadcasters are able to compress and store much larger quantities of digital video programming on server hard drives and digital tapes than could be reasonably stored in a VHS tape library. Screening and editing the programs for closed captioning and different languages are also more efficiently accomplished using modern computer and software systems as opposed to analog systems.

[130] Starting in 1998, SODRAC began requiring third party producers to acquire a separate synchronization licence. Because broadcasters who also produced audiovisual programs in-house, like the CBC, were already required to hold a synchronization licence for the same work, SODRAC initially did not charge third party producers any royalties for this additional licence. In 2006, however, SODRAC abandoned this policy and began charging producers full price for a synchronization licence, which now covered only a right of “first integration”: Statutory Licence Decision, at para. 73. Under this licence, producers paid royalties for the right to synchronize music into a single master copy of the television program, but had no right to make any downstream incidental copies such as broadcast-incidental copies. These downstream copies, typically made by the broadcaster as they readied the synchronized copy for broadcast, became subject to additional royalties paid by the broadcasters. SODRAC’s new policy of monetizing broadcasting activities through the imposition of royalties for broadcast-incidental copies is what prompted this litigation.

[131] In 1992, the CBC and SODRAC had a licence agreement which authorized the CBC to reproduce works in SODRAC’s repertoire. This licence allowed the CBC to synchronize musical

[129] Les systèmes de diffusion modernes numériques sont beaucoup plus efficaces que les systèmes analogiques, car, dans le domaine numérique, les diffuseurs sont en mesure de comprimer et de stocker des quantités beaucoup plus grandes d’émissions vidéo numériques sur les disques durs d’un serveur et sur les rubans d’enregistrement numérique qu’ils ne pouvaient le faire sur la bibliothèque de cassettes VHS. La projection et l’édition d’émissions pour le sous-titrage et pour la traduction dans d’autres langues sont aussi réalisées beaucoup plus efficacement au moyen de systèmes informatiques et de logiciels modernes que par des systèmes analogiques.

[130] En 1998, la SODRAC a commencé à exiger que les producteurs tiers obtiennent une licence de synchronisation distincte. Puisque les télédiffuseurs qui produisaient également des émissions audiovisuelles à l’interne, comme la SRC, étaient déjà tenus d’obtenir une licence de synchronisation pour la même œuvre, la SODRAC ne percevait pas initialement de redevances auprès des producteurs tiers pour cette licence supplémentaire. En 2006, toutefois, la SODRAC a abandonné cette politique et a commencé à facturer aux producteurs le plein prix pour obtenir une licence de synchronisation, qui ne couvre désormais qu’un droit de « première intégration » : Décision sur la licence légale, par. 73. En vertu de cette licence, les producteurs payaient des redevances pour avoir le droit de synchroniser de la musique dans une seule copie maîtresse de l’émission de télévision, mais n’avaient pas le droit d’effectuer des copies accessoires en aval, comme des copies accessoires de diffusion. Ces copies en aval, habituellement effectuées par le diffuseur pendant qu’il prépare la copie synchronisée pour la diffusion, sont devenues assujetties à des redevances supplémentaires payées par les diffuseurs. La nouvelle politique de la SODRAC de monnayer des activités de diffusion par l’imposition de redevances pour les copies accessoires de diffusion est à l’origine du présent pourvoi.

[131] En 1992, la SRC et la SODRAC ont conclu une entente de licence qui autorisait la SRC à reproduire des œuvres contenues dans le répertoire de la SODRAC. Cette licence permettait à la SRC

works into audiovisual programs, as well as to make any other incidental copies of the works including production-incidental copies and broadcast-incidental copies. In 2008, however, the CBC and SODRAC were unable to agree on the terms of a new licence because SODRAC sought to monetize broadcast-incidental copies in addition to the synchronization rights. SODRAC asked the Copyright Board to fix the terms and conditions of a licence for the reproduction of musical works in its repertoire pursuant to s. 70.2 of the *Copyright Act*.

[132] The Board concluded that broadcast-incidental copies implicated the reproduction right, and were therefore subject to royalties. Because the new broadcasting technologies which required additional broadcast-incidental copies generated benefits for the CBC by keeping the broadcaster relevant and competitive, the Board concluded that this benefit should be reflected in the compensation granted to the copyright holders. The Board accordingly certified SODRAC's proposed tariff and imposed a licence on the CBC for 2008-2012 that included royalty fees for the broadcast-incidental copies. The Board valued the broadcast-incidental copies by tying them to the value of the royalties paid by the CBC to SOCAN for the communication rights in the works. Under its 1992 licence, the CBC paid annual royalties to SODRAC of \$520,000; under the new Board-imposed agreement, it would pay \$1.2 million per year.

[133] After the release of this decision, SODRAC obtained an interim licence from the Board on the same terms for the 2012-2016 period.

[134] The Federal Court of Appeal dismissed the CBC's application for judicial review of the Board's decisions. Applying *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467, the Federal Court of Appeal concluded that "ephemeral recordings of [the] performance of

de synchroniser des œuvres musicales dans des émissions audiovisuelles et d'effectuer toute autre copie accessoire des œuvres, y compris des copies accessoires de production et des copies accessoires de diffusion. En 2008, toutefois, la SRC et la SODRAC n'ont pas été en mesure de s'entendre sur les modalités de la nouvelle licence parce que la SODRAC cherchait à monnayer les copies accessoires de diffusion en plus des droits de synchronisation. La SODRAC a demandé à la Commission du droit d'auteur de fixer, en vertu de l'art. 70.2 de la *Loi sur le droit d'auteur*, les modalités de la licence visant la reproduction d'œuvres musicales contenues dans son répertoire.

[132] La Commission a conclu que les copies accessoires de diffusion faisaient intervenir le droit de reproduction et étaient donc assujetties à des redevances. Comme les nouvelles technologies de diffusion qui exigeaient d'autres copies accessoires de diffusion ont généré des bénéfices pour la SRC en gardant le diffuseur pertinent et concurrentiel, la Commission a conclu que ces bénéfices devaient se refléter dans la rémunération accordée aux titulaires d'un droit d'auteur. Par conséquent, la Commission a homologué le tarif proposé par la SODRAC et a imposé à la SRC une licence pour les années 2008 à 2012 qui comportait des redevances pour les copies accessoires de diffusion. La Commission a déterminé la valeur des copies accessoires de diffusion en les associant à la valeur des redevances payées par la SRC à la SOCAN relativement aux droits de communication des œuvres. Conformément à sa licence de 1992, la SRC payait des redevances annuelles à la SODRAC de 520 000 \$; selon la nouvelle entente imposée par la Commission, elle paierait 1,2 million de dollars par année.

[133] Après le prononcé de cette décision, la SODRAC a obtenu une licence provisoire de la Commission selon les mêmes modalités pour la période 2012-2016.

[134] La Cour d'appel fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire des décisions de la Commission présentée par la SRC. S'appuyant sur l'arrêt *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, la Cour d'appel fédérale a conclu que « les enregistrements éphémères

a work, made solely for the purposes of facilitating that broadcast of the performance, were, if unauthorized, an infringement of the copyright holder's rights". It refused to apply the principle of technological neutrality articulated in this Court's decision in *Entertainment Software Association*.

Analysis

[135] The issue in this appeal is whether SODRAC is entitled to monetize broadcast-incidentals despite the fact that SODRAC has no entitlement to royalty fees for any aspect of broadcasting. To answer the question requires knowing what a broadcast-incidentals copy is.

[136] In its decision, the Board defined incidental copies as follows:

An incidental copy is necessary or helpful to achieve an intended outcome but is not part of the outcome itself. A production-incidentals copy is made in the process of producing and distributing an audiovisual work, either before or after the master copy is made: it is a form of synchronization copy. A broadcast-incidentals copy is made to facilitate the broadcast of an audiovisual work or to preserve the work in the broadcaster's archives, while a distribution-incidentals copy is made for purposes of readying or preserving the motion picture for distribution to the public: both are forms of post-synchronization copies. [Underlining added; para. 12.]

[137] A broadcast-incidentals copy is created when the content of the master copy of the synchronized television program is fed into the broadcaster's digital content management system. This creates a high-resolution copy of the work. Once in the digital content management system, a low-resolution working copy that is not of sufficient quality to be broadcast will be used to facilitate editing the television program for such things as on-air text translations or closed captioning. A further low-resolution copy will be created for screening purposes by the programming, marketing, and communications teams. When all technical treatments of the program have been completed, another copy results from the digital file being reformatted to create

d[']une] œuvre, faits dans le seul but de faciliter la radiodiffusion de cette œuvre, constituent, s'ils sont faits sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, une violation de ses droits ». Elle a refusé d'appliquer le principe de neutralité technologique énoncé par la Cour dans l'arrêt *Entertainment Software Association*.

Analyse

[135] La question en l'espèce est celle de savoir si la SODRAC est habilitée à monnayer les copies accessoires de diffusion malgré le fait qu'elle n'a droit aux redevances pour aucun aspect de la diffusion. Pour répondre à la question, il faut d'abord savoir en quoi consiste une copie accessoire de diffusion.

[136] Dans sa décision, la Commission a défini les copies accessoires de la façon suivante :

La copie accessoire est nécessaire ou utile pour arriver à un résultat sans toutefois y être intégrée. La copie accessoire de production est effectuée dans le cadre de la production et de la distribution d'une œuvre audiovisuelle, avant ou après la création de la copie maîtresse : il s'agit d'une forme de copie de synchronisation. La copie accessoire de diffusion vise à faciliter la télédiffusion d'une œuvre audiovisuelle ou à la conserver dans les archives du télédiffuseur, alors que la copie accessoire de distribution a pour objet de préparer ou de conserver le film pour distribution au public : les deux sont des formes de copies de postsynchronisation. [Je souligne; par. 12.]

[137] La copie accessoire de diffusion est créée lorsque le contenu de la copie maîtresse de l'émission de télévision synchronisée est alimenté dans le système de gestion du contenu numérique du télédiffuseur. Cela crée une copie de l'œuvre en haute résolution. Lorsque le contenu de la copie maîtresse se trouve dans le système de gestion du contenu numérique, une copie de travail de faible résolution qui n'est pas suffisamment de bonne qualité pour être diffusée est utilisée pour faciliter l'édition de l'émission de télévision, comme la traduction en ondes ou le sous-titrage. Une autre copie de faible résolution est créée à des fins de projection par les équipes de programmation, de commercialisation et de communications. Lorsque tous les traitements

a broadcast file that is compatible with the CBC's broadcast server hard drives. Additional copies of the broadcast file are made when the file is copied as needed from the digital tape library to the broadcast server hard drives. While the program is being aired, a further copy is made as the aired program is recorded in real time in order to comply with CRTC regulatory requirements: see *Television Broadcasting Regulations, 1987, SOR/87-49*, s. 10(5). The initial high-resolution copy of the program, as well as the low-resolution working copies, and the reformatted broadcast file, are all broadcast-incidentals made for the sole purpose of facilitating the broadcasting of the audiovisual program.

[138] The broadcast-incidentals described above are strictly technical in nature in that they are created solely for purposes integral to the process of broadcasting television programs, and are not sold or made available to the public, or used for any independent revenue-generating purpose.

[139] Broadcast-incidentals are created in order to achieve the central activity of broadcasting by providing the technical modalities to achieve the broadcast and to comply with regulatory requirements. In the context of copyright law, their creation cannot be seen as distinct from the central activity of broadcasting without violating the principle of technological neutrality.

[140] This appeal concerns the scope of the reproduction right set out in ss. 3(1) and 3(1)(d) of the *Copyright Act*, which state:

3. (1) For the purposes of this Act, “copyright”, in relation to a work, means the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever, to perform the work or any substantial part thereof in public or, if the work is unpublished, to publish the work or any substantial part thereof, and includes the sole right

techniques de l'émission sont terminés, une autre copie est créée lorsque le fichier numérique est reformaté pour créer un fichier de diffusion compatible avec les disques durs du serveur de diffusion de la SRC. Des copies supplémentaires du fichier de diffusion sont effectuées lorsque le fichier est copié au besoin à partir de la bibliothèque de rubans d'enregistrement numérique vers les disques durs du serveur de diffusion. Pendant que l'émission est diffusée, une autre copie est créée puisque l'émission diffusée est enregistrée en temps réel afin de respecter les exigences réglementaires du CRTC : voir *Règlement de 1987 sur la télédiffusion, DORS/87-49*, par. 10(5). La copie initiale en haute résolution de l'émission et les copies de travail en faible résolution ainsi que le dossier de diffusion reformaté sont tous des copies accessoires de diffusion créées dans le seul but de faciliter la diffusion de l'émission audiovisuelle.

[138] Les copies accessoires de diffusion décrites plus haut sont de nature purement technique, en ce qu'elles sont créées uniquement parce qu'elles font partie intégrante du processus de diffusion des émissions de télévision, et elles ne sont ni vendues au public, ni mises à sa disposition, ni utilisées pour générer des revenus indépendants.

[139] Les copies accessoires de diffusion sont créées pour réaliser l'activité centrale de diffusion en fournissant les modalités techniques pour permettre la diffusion et pour respecter les exigences réglementaires. En matière de droit d'auteur, leur création ne peut être perçue comme distincte de l'activité centrale de diffusion sans qu'il soit porté atteinte au principe de neutralité technologique.

[140] Dans le présent pourvoi, la Cour est appelée à se pencher sur la portée du droit de reproduction visé au par. 3(1) et à l'al. 3(1)d) de la *Loi sur le droit d'auteur* qui disposent que :

3. (1) Le droit d'auteur sur l'œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque, d'en exécuter ou d'en représenter la totalité ou une partie importante en public et, si l'œuvre n'est pas publiée, d'en publier la totalité ou une partie importante; ce droit comporte, en outre, le droit exclusif :

(d) in the case of a literary, dramatic or musical work, to make any sound recording, cinematograph film or other contrivance by means of which the work may be mechanically reproduced or performed,

[141] The introductory paragraph of s. 3(1) articulates three distinct rights held in protected works: the right to produce or reproduce (the reproduction right); the right to perform, which includes broadcasting rights; and the right to publish. The enumerated rights listed in s. 3(1)(a)-(j) are illustrative of these three fundamental rights: *Entertainment Software Association*, at para. 42.

[142] As this Court observed in *Entertainment Software Association*, Parliament has distinguished between the rights of reproduction and those of performance/broadcasting. This distinction is drawn because a performance is, by its nature, fleeting and impermanent, whereas a reproduction creates a durable copy which takes on a life of its own: *Entertainment Software Association*, at para. 35. The acts of performing/broadcasting and those of reproducing a work engage two distinct interests for copyright holders. That is why distinct collective societies administer these rights: *Entertainment Software Association*, at para. 38.

[143] It is not disputed that the broadcasting activities carried out by the CBC fall within the broadcasting/performance right. The question in this appeal is whether the technical means employed by the CBC to achieve the broadcasting activity also fall within the scope of the reproduction right.

[144] A reasonable interpretation of the scope of the reproduction right must therefore consider the wording of ss. 3(1) and 3(1)(d) in the context of the overarching purpose of the *Copyright Act* and the central principle of technological neutrality.

d) s'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique ou musicale, d'en faire un enregistrement sonore, film cinématographique ou autre support, à l'aide desquels l'œuvre peut être reproduite, représentée ou exécutée mécaniquement;

[141] L'introduction du par. 3(1) énumère trois droits distincts dont sont assorties les œuvres protégées : le droit de produire ou de reproduire (le droit de reproduction), le droit d'exécuter ou de représenter l'œuvre, ce qui inclut les droits de diffusion, et le droit de publier l'œuvre. Les droits dont la liste figure aux al. 3(1)a) à 3(1)j) sont des exemples de ces trois droits fondamentaux : *Entertainment Software Association*, par. 42.

[142] Comme la Cour l'a fait remarquer dans *Entertainment Software Association*, le législateur a établi une distinction entre les droits de reproduction, d'une part, et les droits d'exécution/de diffusion, d'autre part. Cette distinction est établie parce qu'une exécution est, de par sa nature même, fugace et passagère, tandis que la reproduction crée une copie durable qui acquiert une sorte d'autonomie : *Entertainment Software Association*, par. 35. L'exécution/la diffusion d'une œuvre, d'une part, et sa reproduction, d'autre part, mettent en cause deux droits distincts dont jouissent les titulaires du droit d'auteur. C'est pourquoi deux sociétés de gestion collective administrent ces droits : *Entertainment Software Association*, par. 38.

[143] Personne ne conteste que les activités de diffusion menées par la SRC sont visées par les droits d'exécution/de diffusion. La question qu'il nous revient de trancher dans le présent appel est celle de savoir si le moyen technique utilisé par la SRC pour mener à bien son activité de diffusion est également visé par le droit de reproduction.

[144] Une interprétation raisonnable de la portée du droit de reproduction doit donc tenir compte des libellés du par. 3(1) et de l'al. 3(1)d) dans le contexte de l'objet prépondérant de la *Loi sur le droit d'auteur* et du principe central de neutralité technologique.

[145] The *Copyright Act* strikes a careful balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of creative works and obtaining a just reward for creators: *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 S.C.R. 336, at para. 30. To tilt the balance too far towards protection of creators' rights would undermine the right of users to access and work with creative materials. To tilt it too far towards access, on the other hand, would fail to provide a just reward to creators, leading authors and their supporters to under-invest in producing and distributing their works. At both ends of the spectrum, the public loses some of the benefit of creative works: David Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks* (2nd ed. 2011), at p. 60; *Théberge*, at para. 31.

[146] As this Court has consistently recognized, maintaining the balance that best supports the public interest in creative works is the central purpose of the *Copyright Act*: *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, [2004] 2 S.C.R. 427 (*SOCAN v. CAIP*), at paras. 40-41; *Robertson v. Thomson Corp.*, [2006] 2 S.C.R. 363, at paras. 69-70; *Euro-Excellence Inc. v. Kraft Canada Inc.*, [2007] 3 S.C.R. 20, at paras. 76-84; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, [2012] 2 S.C.R. 326 (*SOCAN v. Bell*), at paras. 8-11; *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, [2012] 2 S.C.R. 345, at para. 19; *Entertainment Software Association*, at paras. 7-8, per Abella and Moldaver JJ., for the majority, and paras. 47 and 123-25, per Rothstein J., dissenting; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, [2012] 2 S.C.R. 283 (*Rogers v. SOCAN*), at para. 40; *Cinar Corporation v. Robinson*, [2013] 3 S.C.R. 1168, at paras. 23 and 28.

[147] The question in this case, once again, is how to preserve this balance in the face of new

[145] La *Loi sur le droit d'auteur* établit un juste équilibre entre la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres créatives et l'obtention d'une juste récompense pour le créateur : *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, par. 30. Faire résolument pencher la balance au profit de la protection des droits des créateurs minerait le droit des utilisateurs à avoir accès au matériel créatif et à travailler avec celui-ci. Faire résolument pencher la balance au profit de l'accès au matériel, en revanche, ne permettrait pas de fournir une juste récompense aux créateurs, de telle sorte que les auteurs et leurs collaborateurs sous-investiraient dans la production et la distribution de leurs œuvres. Aux deux extrémités du spectre, le public perd certains avantages relativement aux œuvres créatives : David Vaver, *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks* (2^e éd. 2011), p. 60; *Théberge*, par. 31.

[146] Comme l'a systématiquement reconnu la Cour, maintenir l'équilibre qui favorise le mieux l'intérêt du public quant aux œuvres créatives est l'objet principal de la *Loi sur le droit d'auteur* : *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427 (*SOCAN c. ACFI*), par. 40-41; *Robertson c. Thomson Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 363, par. 69-70; *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, [2007] 3 R.C.S. 20, par. 76-84; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, [2012] 2 R.C.S. 326 (*SOCAN c. Bell*), par. 8-11; *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, [2012] 2 R.C.S. 345, par. 19; *Entertainment Software Association*, par. 7-8 des motifs des juges Abella et Moldaver pour la majorité et par. 47 et 123-125 des motifs du juge Rothstein, dissident; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, [2012] 2 R.C.S. 283 (*Rogers c. SOCAN*), par. 40; *Cinar Corporation c. Robinson*, [2013] 3 R.C.S. 1168, par. 23 et 28.

[147] Encore une fois, il faut se demander en l'espèce comment préserver cet équilibre face aux

technologies that are transforming the mechanisms through which creative works are produced, reproduced and distributed. Francis Gurry, the Director General of the World Intellectual Property Organization, explained the challenge to copyright policy posed by new technologies as follows:

Underlying this process of change is a fundamental question for society. It is the central question of copyright policy. How can society make cultural works available to the widest possible public at affordable prices while, at the same time, assuring a dignified economic existence to creators and performers and the business associates that help them to navigate the economic system? It is a question that implies a series of balances: between availability, on the one hand, and control of the distribution of works as a means of extracting value, on the other hand; between consumers and producers; between the interests of society and those of the individual creator; and between the short-term gratification of immediate consumption and the long-term process of providing economic incentives that reward creativity and foster a dynamic culture.

(“The Future of Copyright”, speech delivered at the Blue Sky Conference: Future Directions in Copyright Law, February 25, 2011 (online).)

[148] The answer to this challenge, in my view, lies in applying a robust vision of technological neutrality as a core principle of statutory interpretation under the *Copyright Act*, drawing particularly on this Court’s decision in *Entertainment Software Association*.

[149] Such an approach finds its statutory origin in s. 3(1) of the *Copyright Act*, which provides that copyright includes the “sole right to produce or reproduce” a work or a substantial part of a work “*in any material form whatever*”: see *Entertainment Software Association*, at para. 5. Parliament has further signalled its support in the summary of the *Copyright Modernization Act*, S.C. 2012, c. 20, which states that the amendments to the *Act* were intended to “ensure that it *remains* technologically neutral”. These words signal Parliament’s intention

nouvelles technologies qui transforment les mécanismes de production, de reproduction et de distribution des œuvres créatives. Francis Gurry, le directeur général de l’Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, a expliqué le défi que posent les nouvelles technologies au regard de la politique en matière de droit d’auteur :

Une question fondamentale pour la société sous-tend ce processus de changement : il s’agit de la politique en matière de droit d’auteur. Comment la société peut-elle mettre les œuvres culturelles à disposition d’un public le plus large possible à des prix abordables tout en assurant des moyens de subsistance dignes aux créateurs, aux artistes et aux partenaires commerciaux qui les aident à naviguer dans le système économique? Pour répondre à cette question, plusieurs équilibres doivent être maintenus : entre la diffusion et le contrôle de la distribution des œuvres comme moyen d’en extraire de la valeur; entre les consommateurs et les producteurs; entre les intérêts de la société et ceux du créateur; et entre la satisfaction à court terme que procure la consommation immédiate et le processus à long terme qui consiste à mettre en place des mesures d’incitation économiques récompensant la créativité et favorisant le dynamisme culturel.

(« L’avenir du droit d’auteur », discours prononcé à la Blue Sky Conference : Future Directions in Copyright Law, 25 février 2011 (en ligne).)

[148] La réponse à ce défi, à mon sens, repose sur l’application d’une vision solide de la neutralité technologique en tant que principe central de l’interprétation législative de la *Loi sur le droit d’auteur*, en s’inspirant surtout de l’arrêt *Entertainment Software Association* de la Cour.

[149] Cette approche trouve son origine législative au par. 3(1) de la *Loi sur le droit d’auteur* qui prévoit que le droit d’auteur comprend le « droit exclusif de produire ou reproduire » la totalité ou une partie importante de l’œuvre, « *sous une forme matérielle quelconque* » : voir *Entertainment Software Association*, par. 5. Le législateur a également donné son appui à cette approche dans le sommaire de la *Loi sur la modernisation du droit d’auteur*, L.C. 2012, c. 20, qui prévoit que les modifications à la *Loi* visaient à « *éliminer la spécificité* technologique [de ses]

that the *Act* must adapt and apply to new technologies in a manner that maintains the careful balance between creators and users that underpins the *Act* as a whole.

[150] As an interpretive principle, technological neutrality prizes substance over form by applying the *Copyright Act* so that it “operates consistently, regardless of the form of the media involved, or its technological sophistication”: *SOCAN v. Bell*, at para. 43. It arises in two different forms.

[151] The first is the principle of media neutrality, which aims to ensure that copyright doctrine evolves to embrace new technologies. The basic premise of this principle is that “copyright subsists not only in the medium in which the work is created but all existing and future media in which the work might be expressed”: Cameron J. Hutchison, “Technological Neutrality Explained & Applied to *CBC v. SODRAC*” (2015), 13 *C.J.L.T.* 101, at p. 110. As long as the creative expression survives the transfer to a new medium, copyright in the work will survive. Media neutrality is not, however, restricted to protecting creators’ rights across new media; it can operate to protect the rights of users of copyrighted material across new media as well. As this Court observed in *Robertson*:

Media neutrality is reflected in s. 3(1) of the *Copyright Act* which describes a right to produce or reproduce a work “in any material form whatever”. Media neutrality means that the *Copyright Act* should continue to apply in different media, including more technologically advanced ones. . . . Media neutrality is not a licence to override the rights of others — it exists to protect the rights of authors and others as technology evolves. [Emphasis added; para. 49.]

dispositions ». Ces termes montrent le souhait du législateur que la *Loi* s’adapte et s’applique aux nouvelles technologies de façon à maintenir le juste équilibre entre les créateurs et les utilisateurs qui la sous-tend dans son ensemble.

[150] En tant que principe d’interprétation, la neutralité technologique attache plus de valeur au fond qu’à la forme en appliquant la *Loi sur le droit d’auteur* de manière uniforme, « peu importe le support ou son degré d’avancement technologique » : *SOCAN c. Bell*, par. 43. La neutralité technologique se présente sous deux formes différentes.

[151] La première est le principe de neutralité du support, qui vise à assurer que la doctrine du droit d’auteur évolue de façon à incorporer les nouvelles technologies. Selon la prémisse fondamentale de ce principe, [TRADUCTION] « le droit d’auteur subsiste non seulement sur le support sur lequel l’œuvre est créée, mais sur tous les supports actuels et futurs sur lesquels l’œuvre pourrait être exprimée » : Cameron J. Hutchison, « Technological Neutrality Explained & Applied to *CBC v. SODRAC* » (2015), 13 *C.J.L.T.* 101, p. 110. Dans la mesure où l’expression créative survit au transfert sur un nouveau support, le droit d’auteur rattaché à l’œuvre survivra. La neutralité du support n’est toutefois pas restreinte à la protection des droits des créateurs quant à l’ensemble des nouveaux supports; elle peut aussi protéger les droits des utilisateurs d’œuvres protégées par le droit d’auteur quant à l’ensemble des nouveaux supports également. Comme la Cour l’a fait remarquer dans l’arrêt *Robertson* :

Le paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d’auteur* reflète le principe de neutralité du support, en reconnaissant un droit de produire ou de reproduire une œuvre « sous une forme matérielle quelconque ». La neutralité du support signifie que la *Loi sur le droit d’auteur* continue de s’appliquer malgré l’usage de supports différents, y compris ceux qui dépendent d’une technologie plus avancée. [. . .] Le principe de la neutralité du support ne permet pas d’écarter les droits des auteurs — il a été établi pour protéger les droits des auteurs et des autres à mesure que la technologie évolue. [Je souligne; par. 49.]

[152] The second is the principle of functional equivalence, which asks courts to focus on *what* the technology at issue is doing, rather than on the technical modalities of *how* it is doing it when interpreting the rights and exceptions set out in the *Copyright Act*: Cameron J. Hutchison, “Case Comment: The 2012 Supreme Court Copyright Decisions & Technological Neutrality” (2013), 46 *U.B.C. L. Rev.* 589, at p. 590. This principle guides courts to interpretations of the *Act* that afford functionally equivalent technologies similar treatment, without getting caught up in the modalities through which the work is delivered: Carys J. Craig, “Technological Neutrality: (Pre)Serving the Purposes of Copyright Law”, in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentology: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law* (2013), 271, at p. 275. It also implies that, “where there is no clear and pre-existing functional equivalent, courts should avoid emphasizing the details of particular technological systems and instead interpret copyright’s core concepts in a manner applicable across technologies”: Craig, at p. 275; see also Deborah Tussey, “Technology Matters: The Courts, Media Neutrality, and New Technologies” (2005), 12 *J. Intell. Prop. L.* 427; Gregory R. Hagen, “Technological Neutrality in Canadian Copyright Law”, in *The Copyright Pentology*, 307, at p. 317.

[153] A functional approach to technological neutrality “seeks to avoid imposing copyright liability on technologies and activities that, while theoretically capable of being included under the *Act*, only incidentally implicate copyright”: Hutchison (2015), at p. 113; see also Craig. “[S]ubstance”, in other words, “trumps form”: Hutchison (2015), at p. 111; see also *SOCAN v. CAIP*. Or, as Maria A. Pallante, the Director of the U.S. Copyright Office has observed, “new technologies have made it increasingly apparent that not all reproductions are equal in the digital age. Some copies are merely incidental to an intended primary use of a work, including where primary uses are licensed, and these incidental copies should not necessarily be treated

[152] La deuxième est le principe de l'équivalence fonctionnelle, qui exige que les tribunaux se concentrent sur la *fonction* de la technologie en cause plutôt que sur les modalités techniques de son *fonctionnement* lorsqu'ils interprètent les droits et les exceptions établis par la *Loi sur le droit d'auteur* : Cameron J. Hutchison, « Case Comment : The 2012 Supreme Court Copyright Decisions & Technological Neutrality » (2013), 46 *U.B.C. L. Rev.* 589, p. 590. Ce principe oriente les tribunaux vers une interprétation de la *Loi* qui traite les technologies fonctionnellement équivalentes de façon similaire, sans s'embourber dans les modalités selon lesquelles l'œuvre est livrée : Carys J. Craig, « Technological Neutrality : (Pre)Serving the Purposes of Copyright Law », dans Michael Geist, dir., *The Copyright Pentology : How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law* (2013), 271, p. 275. Le principe suppose également que, [TRADUCTION] « lorsqu'il n'existe aucun équivalent fonctionnel clair et préexistant, les tribunaux devraient éviter de mettre l'accent sur les détails de systèmes technologiques en particulier et plutôt interpréter les concepts fondamentaux du droit d'auteur d'une manière applicable à l'ensemble des technologies » : Craig, p. 275; voir également, Deborah Tussey, « Technology Matters : The Courts, Media Neutrality, and New Technologies » (2005), 12 *J. Intell. Prop. L.* 427; Gregory R. Hagen, « Technological Neutrality in Canadian Copyright Law », dans *The Copyright Pentology*, 307, p. 317.

[153] L'interprétation fonctionnelle de la neutralité technologique [TRADUCTION] « vise à éviter de rattacher une responsabilité pour violation du droit d'auteur aux technologies et aux activités qui, bien qu'elles puissent en théorie être visées par la *Loi*, ne font intervenir le droit d'auteur que de façon accessoire » : Hutchison (2015), p. 113; voir également Craig. Autrement dit, « le fond » surpasse « la forme » : Hutchison (2015), p. 111; voir également *SOCAN c. ACFI*. Ou, comme Maria A. Pallante, la directrice du Bureau du droit d'auteur aux É.-U., l'a fait remarquer, [TRADUCTION] « les nouvelles technologies démontrent de plus en plus clairement que les reproductions ne sont pas toutes équivalentes à l'ère numérique. Certaines copies sont simplement

as infringing”: “The Next Great Copyright Act” (2013), 36 *Colum. J.L. & Arts* 315, at p. 325.

[154] This aspect of technological neutrality finds expression in a number of this Court’s recent rulings. In *SOCAN v. CAIP*, for example, the Court considered whether the practice of caching copies prevented Internet service providers from finding the protection of s. 2.4 of the *Copyright Act*, which insulates from liability those who provide *only* the means of telecommunication “necessary for another person to so communicate the work”. The Court concluded that Internet service providers were shielded by s. 2.4, even though their transmissions resulted in the creation of cache copies. As Professor Hutchison summarizes in his 2015 article,

... the practice of caching was an innovation that helped promote the dissemination of works (one of the goals of copyright law) without interfering with the legitimate entitlements of copyright owners. Incidental copies, in other words, were determined to lie outside the reproduction right as the interests of technological economy and efficiency trumped the making of mere technical copies that were imperceptible to an end user. [Footnote omitted; p. 114.]

[155] Similarly, in *Entertainment Software Association*, this Court addressed the meaning of the communication right set out in s. 3(1)(f) of the *Copyright Act* and concluded that a separate communication tariff should not apply to downloaded copies of musical works. Because it gives rise to a durable digital copy, the downloading process is, at its core, an exercise of the reproduction right. Simply because the copy arrived by way of Internet-based delivery did not mean it was a communication under the *Act*. The central activity was the focus of the legal analysis, not the incidental technological process by which it took place.

accessoires à l’utilisation première prévue d’une œuvre, y compris lorsque les utilisations premières sont visées par une licence, et ces copies accessoires ne devraient pas être nécessairement traitées comme si elles étaient contrefaisantes » : « The Next Great Copyright Act » (2013), 36 *Colum. J.L. & Arts* 315, p. 325.

[154] Cet aspect de la neutralité technologique trouve son expression dans bon nombre de décisions récentes de la Cour. Dans l’arrêt *SOCAN c. ACPI*, par exemple, la Cour a examiné si la pratique de mise en antémémoire empêchait les fournisseurs de services Internet de bénéficier de la protection de l’art. 2.4 de la *Loi sur le droit d’auteur*, lequel protège ceux qui fournissent *seulement* le moyen de télécommunication « nécessair[e] pour que [le tiers] [. . .] effectue [la communication de l’œuvre] ». La Cour a conclu que les fournisseurs de services Internet étaient protégés par l’art. 2.4, même si leurs transmissions donnaient lieu à la création d’antémémoires. Comme l’a résumé le professeur Hutchison dans son article de 2015 :

[TRADUCTION] . . . la pratique de la mise en antémémoire est une innovation qui a aidé à promouvoir la diffusion des œuvres (un des objectifs du droit d’auteur) sans faire obstacle aux droits légitimes des titulaires d’un droit d’auteur. Autrement dit, il a été jugé que les copies accessoires ne relèvent pas du droit de reproduction puisque les intérêts de l’économie et de l’efficacité technologiques surpassent la production de simples copies techniques qui sont imperceptibles pour l’utilisateur ultime. [Note de bas de page omise; p. 114.]

[155] De même, dans l’arrêt *Entertainment Software Association*, la Cour s’est penchée sur le sens du droit de communication énoncé à l’al. 3(1)f) de la *Loi sur le droit d’auteur* et a conclu qu’un tarif distinct ne devrait pas s’appliquer à des copies téléchargées pour la communication d’œuvres musicales. Puisqu’il engendre la création d’une copie numérique durable, le processus de téléchargement est essentiellement un exercice du droit de reproduction. Le simple fait que la copie soit livrée par Internet ne signifie pas qu’il s’agit d’une communication au sens où il faut l’entendre pour l’application de la *Loi*. L’activité centrale était l’élément principal de l’analyse juridique, et non le processus technologique accessoire par lequel elle a eu lieu.

[156] Finally, in *Rogers v. SOCAN*, the Court addressed whether music streamed via the Internet to individual users constituted a communication “to the public” under s. 3(1)(f) of the *Copyright Act*. In concluding that it did, Rothstein J. observed that the “true character of the communication activity” and not its technicalities were crucial to properly interpreting the meaning of “to the public”: para. 30. Copyright protection should not depend “merely on the business model that the alleged infringer chooses to adopt rather than the underlying communication activity . . . [where] the end result is the same”: para. 40.

[157] Together, these principles — media neutrality and functional equivalence — work to protect the fine balance between users and creators, between access and reward, enshrined in the *Copyright Act*. As Professor Tussey observes, “To the extent that the copyright balance of incentives and access has been appropriately set for a pre-existing technology, similar treatment of functional equivalents should maintain that balance”: p. 479. The analysis of whether copyright attaches to a particular activity should therefore focus on the essential nature of the activity or output, rather than the process by which it occurs.

[158] That is precisely why the cached copies at issue in *SOCAN v. CAIP*, copies that were created as a result of the activities of the Internet service providers, did not bring the providers beyond the exception from liability for persons who provide *only* the means of telecommunication necessary for another person to communicate a work. The central activity of the providers was providing a conduit for communication, and the cached copies were created solely for the purpose of delivering faster and more economic service to internet users.

[159] And it is why in *Rogers v. SOCAN*, although a temporary copy of the music file is transmitted to the user’s hard drive as part of the process of streaming music online, the Court treated the

[156] Enfin, dans l’arrêt *Rogers c. SOCAN*, la Cour a examiné si la musique offerte en continu sur Internet à des utilisateurs individuels constituait une communication « au public » visée à l’al. 3(1)f) de la *Loi sur le droit d’auteur*. En concluant par l’affirmative, le juge Rothstein a fait observer que « la nature véritable de la communication » et non ses détails techniques était cruciale pour bien interpréter le sens de l’expression « au public » : par. 30. La protection du droit d’auteur ne devrait pas être entièrement tributaire « du modèle d’entreprise retenu par celui qui contreviendrait au droit d’auteur [. . .] [lorsque] le résultat est en fin de compte le même » : par. 40.

[157] Ensemble, ces principes — la neutralité du support et l’équivalence fonctionnelle — ont pour effet de protéger le juste équilibre ancré dans la *Loi sur le droit d’auteur* entre les utilisateurs et les créateurs, ainsi qu’entre l’accès et la récompense. Comme la professeure Tussey l’a fait remarquer, [TRADUCTION] « [d]ans la mesure où l’équilibre en matière de droit d’auteur entre les incitatifs et l’accès a été bien établi pour une technologie qui existe déjà, le fait de traiter les équivalents fonctionnels de façon similaire devrait maintenir cet équilibre » : p. 479. L’analyse de la question de savoir si une activité donnée est assujettie à un droit d’auteur devrait donc être axée sur la nature essentielle de l’activité ou de son résultat plutôt que sur le processus par lequel elle survient.

[158] C’est précisément pourquoi les antémémoires en cause dans l’arrêt *SOCAN c. ACFI*, créées par suite des activités des fournisseurs de services Internet, n’ont pas élevé les fournisseurs au-delà de la protection pour les personnes qui fournissent *seulement* le moyen de télécommunication nécessaire pour que le tiers effectue la communication de l’œuvre. L’activité centrale des fournisseurs était de fournir un agent de communication, et les antémémoires ont été créées dans le seul but d’offrir un service plus rapide et plus économique aux utilisateurs d’Internet.

[159] C’est aussi pourquoi dans l’arrêt *Rogers c. SOCAN*, bien qu’une copie temporaire du fichier de musique soit transmise sur le disque dur de l’utilisateur dans le cadre du processus de transmission en

process of streaming as an exercise of the telecommunications right, not as a separate exercise of the reproduction right. Those temporary copies were considered to form a technical part of the streaming process, and did not transform the central activity of communicating the work by telecommunication.

[160] And finally, it is why in *Entertainment Software Association*, where SOCAN wanted to charge royalties for copies of video games sold and delivered over the Internet despite being unable to charge royalties for copies of video games sold in a store or shipped by mail, this Court held that traditional and more technologically advanced forms of the same activity should be treated equally under the *Copyright Act*:

The principle of technological neutrality requires that, absent evidence of Parliamentary intent to the contrary, we interpret the *Copyright Act* in a way that avoids imposing an additional layer of protections and fees based solely on the *method of delivery* of the work to the end user. To do otherwise would effectively impose a gratuitous cost for the use of more efficient, Internet-based technologies. [Emphasis in original; para. 9.]

[161] Similarly, in this case, SODRAC is attempting to claim royalties for the *method* of broadcasting the musical works to the public, despite never before receiving royalties for broadcasting activities.

[162] Technological neutrality — and specifically, the principle of functional equivalence — is a crucial part of any reasonable interpretation of the application of the reproduction right to broadcast-incident copies.

[163] The CBC argued that SODRAC's attempt to monetize broadcast-incident copies "represents a subversion of the purpose of the *Copyright Act* in an attempt to generate economic rents through a layered licensing scheme".

continu de musique en ligne, la Cour a traité le processus de transmission en continu comme un exercice du droit de télécommunication, et non comme un exercice distinct du droit de reproduction. Ces copies temporaires étaient considérées comme une partie technique du processus de transmission en continu et ne transformaient pas l'activité centrale de communiquer l'œuvre par télécommunication.

[160] Enfin, c'est pourquoi dans l'arrêt *Entertainment Software Association* — où la SOCAN voulait percevoir des redevances pour les exemplaires de jeux vidéo vendus et livrés sur Internet alors qu'elle ne peut percevoir de redevances pour les exemplaires de jeux vidéo vendus dans un magasin ou livrés par courrier — la Cour a conclu que les supports traditionnels et les supports plus avancés sur le plan technologique d'une même activité devraient être traités uniformément en application de la *Loi sur le droit d'auteur* :

Le principe de neutralité technologique veut que, sauf intention contraire avérée du législateur, nous interprétions la *Loi sur le droit d'auteur* de manière à ne pas créer un palier supplémentaire de protection et d'exigibilité d'une redevance qui soit uniquement fondé sur le *mode de livraison* de l'œuvre à l'utilisateur. Toute autre interprétation imposerait en fait un coût injustifié pour l'utilisation de technologies Internet plus efficaces. [En italique dans l'original; par. 9.]

[161] De même, en l'espèce, la SODRAC tente de percevoir des redevances sur le *mode* de diffusion des œuvres musicales au public, en dépit du fait qu'elle n'ait jamais reçu auparavant de redevances pour des activités de diffusion.

[162] La neutralité technologique — et, plus particulièrement, le principe de l'équivalence fonctionnelle — est une composante cruciale de toute interprétation raisonnable de l'application du droit de reproduction aux copies accessoires de diffusion.

[163] La SRC a fait valoir que la tentative de la SODRAC de monnayer les copies accessoires de diffusion [TRADUCTION] « représente une subversion de l'objet de la *Loi sur le droit d'auteur* en tentant de générer des rentes économiques au moyen d'un régime de licences aux couches multiples ».

[164] I agree. The principle of technological neutrality requires that the interpretation and application of the *Copyright Act* focus on the essential character of the activity and not the technical modalities by which it is achieved. The essential character of the *broadcasting* activity does not change with the adoption of modern digital technologies that are dependent on the creation of incidental copies in order to accomplish the activity. Each broadcast-incidental copy is not a separate reproduction of the work under the *Act* simply because the technical imperatives of effecting a broadcast require the presence of multiple copies. They do not, as a result, attract separate royalties. To conclude otherwise is to doom both technological neutrality and the ability of copyright law to preserve the delicate balance between the rights of copyright holders and the public's interest in the dissemination of creative works.

[165] Traditionally, broadcasting was subject only to communication fees. The Board's decision to impose royalties on the CBC for the creation of copies made incidental to the activity of broadcasting amounts to finding that broadcasting in the digital era, as opposed to the pre-digital era, should be subject to two fees for the same activity. As this Court observed in *Entertainment Software Association*, this result harms both end users of the works and copyright owners:

When a single economic activity implicates more than one type of right and each type is administered by a separate collective, the multiplicity of licences required can lead to inefficiency. . . . The result is that the total price the user has to pay for all complements is too high

. . . .

. . . the fragmentation of licences required for single activities among several monopolist-collectives generates inefficiencies, from which copyright owners as a whole also suffer

(Para. 11, quoting Ariel Katz, "Commentary: Is Collective Administration of Copyrights Justified

[164] Je suis d'accord. Le principe de neutralité technologique exige que l'interprétation et l'application de la *Loi sur le droit d'auteur* soient centrées sur le caractère essentiel de l'activité, et non sur les modalités techniques grâce auxquelles elle est réalisée. Le caractère essentiel du processus de *diffusion* ne change pas parce que des technologies numériques modernes dépendantes de la création de copies accessoires sont adoptées pour réaliser l'activité. Chaque copie accessoire de diffusion ne constitue pas une reproduction distincte de l'œuvre visée par la *Loi* simplement parce que les impératifs techniques de la diffusion exigent la création de multiples copies. Par conséquent, elles ne donnent pas droit à des redevances distinctes. Conclure autrement reviendrait à condamner tant la neutralité technologique que la capacité du droit d'auteur à préserver l'équilibre délicat établi entre les droits des titulaires d'un droit d'auteur et l'intérêt du public à ce que les œuvres créatives soient diffusées.

[165] Traditionnellement, la diffusion était uniquement assujettie aux frais de communication. La décision de la Commission d'imposer des redevances à la SRC pour la création de copies effectuées accessoirement à la diffusion revient à conclure que la diffusion à l'ère numérique, par opposition à l'ère prénumérique, devrait être assujettie à deux types de frais pour la même activité. Comme l'a fait observer la Cour dans l'arrêt *Entertainment Software Association*, ce résultat est préjudiciable à la fois aux utilisateurs et aux titulaires du droit d'auteur :

[TRADUCTION] Lorsque, à elle seule, une activité économique emporte l'application de plus d'un type de droit, chacun étant géré par une société de gestion collective distincte, la multiplicité des licences nécessaires peut entraîner une inefficacité. [. . .] Dès lors, le prix que doit verser l'utilisateur au total est trop élevé

. . . .

. . . l'octroi par plusieurs monopoles de gestion collective des licences nécessaires à l'exercice d'une seule activité crée des inefficiences dont souffre également la collectivité des titulaires du droit d'auteur

(Par. 11, citant Ariel Katz, « Commentary : Is Collective Administration of Copyrights Justified by

by the Economic Literature?», in Marcel Boyer, Michael Trebilcock and David Vaver, eds., *Competition Policy and Intellectual Property* (2009), 449, at pp. 461-63.)

[166] Most pertinently, the Federal Court of Appeal was wrong to suggest that “more copies mean more value and thus, more royalties”. This, with respect, violates technological neutrality not only by imposing additional copyright liability on the use of more efficient copy-dependent broadcasting technologies which are functionally equivalent to traditional broadcasting systems, but also by erroneously tying the compensation owed to creators of copyrighted works to how efficiently the user of those works exercises the right that was bargained for.

[167] Moreover, broadcasters are required to make certain broadcast-incidental copies in order to comply with CRTC regulations, such as to keep a record of exactly what was broadcast in the event of a public complaint or inquiry. Giving creators of broadcasted works additional copyright compensation because the CBC, in order to have the right to broadcast, is required to create incidental copies of the works for regulatory compliance purposes, gives creators compensation for something they are not entitled to under the *Act*.

[168] It is, in fact, difficult to see how the creation of broadcast-incidental copies implicates the legitimate reproduction interests of the creators of the works in any way. These copies are, to borrow the language of *Entertainment Software Association*, merely technological taxis required for the delivery of the digital broadcast process. They are not recordings which fix a particular embodiment of the protected works, they are not delivered as durable copies to the viewer or listener, and they do not alter the degree of control that the composer once had over how the work will be presented to the public.

the Economic Literature? », dans Marcel Boyer, Michael Trebilcock et David Vaver, dir., *Competition Policy and Intellectual Property* (2009), 449, p. 461-463.)

[166] Plus particulièrement, la Cour d’appel fédérale a eu tort d’indiquer que « plus de copies signifie plus de valeur, et donc plus de redevances ». À mon humble avis, cette affirmation contrevient au principe de neutralité technologique non seulement en imposant des redevances supplémentaires sur l’utilisation de technologies de diffusion plus efficaces qui dépendent de la création de copies et qui sont fonctionnellement équivalentes aux systèmes de diffusion traditionnels, mais aussi en liant erronément la rémunération des créateurs d’œuvres protégées par le droit d’auteur à l’efficacité avec laquelle l’utilisateur de ces œuvres exerce le droit qui lui a été accordé.

[167] Qui plus est, les diffuseurs sont tenus d’effectuer certaines copies accessoires de diffusion afin de respecter la réglementation du CRTC. Ils doivent notamment tenir un registre de tout ce qui a été diffusé au cas où il y aurait une plainte du public ou une enquête. Donner aux créateurs d’œuvres diffusées une rémunération supplémentaire parce que la SRC, pour avoir le droit de diffuser, est tenue de créer des copies accessoires des œuvres afin de respecter le règlement, revient à donner aux créateurs une rémunération pour quelque chose à laquelle ils n’ont pas droit aux termes de la *Loi*.

[168] En fait, il est difficile de voir comment la création de copies accessoires de diffusion fait intervenir les droits légitimes de reproduction des créateurs de l’œuvre d’une quelconque façon. Ces copies sont, pour reprendre les mots de la Cour dans l’arrêt *Entertainment Software Association*, simplement un taxi technologique assurant la livraison du processus de diffusion numérique. Elles ne sont pas des enregistrements qui constituent une incarnation précise des œuvres protégées, elles ne sont pas livrées au téléspectateur ou à l’auditeur comme des copies durables et elles ne modifient aucunement le degré de contrôle que le compositeur exerçait auparavant sur la façon dont l’œuvre est présentée au public.

[169] Excluding broadcast-incidental copies from the scope of the reproduction right under s. 3(1)(d) of the *Copyright Act* does nothing to prejudice the legitimate interests of copyright holders. Virtually all of the composers represented by SODRAC for the administration of reproduction rights in their works are also represented by SOCAN for the administration of communication rights. It is hard to see how the purposes of the *Copyright Act* are advanced by permitting the creators of musical works to bargain at one table for royalties in exchange for the right to broadcast their works, and then at another table for additional royalties for the technical modalities by which that same right is exercised.

[170] That is why I have difficulty accepting Rothstein J.'s analysis. The result of his approach is to penalize broadcasters for implementing advancements in broadcasting technologies by creating artificial entitlements to compensation under the *Copyright Act* for incidental activities that were never intended to be covered by the *Act*. He begins his discussion of the scope of the reproduction right under s. 3(1)(d) with an acknowledgment that this Court's understanding of the purpose of the *Copyright Act* has evolved from the author-centric view articulated in *Bishop* to that of maintaining the proper balance between the rights of creators and the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect. This balance involves not only "recognizing the creator's rights but in giving due weight to their limited nature": *Théberge*, at para. 31. He also acknowledges the role that the principle of technological neutrality, as set out most recently by this Court in *Entertainment Software Association*, plays in maintaining that balance. To this extent, I agree with his reasons. What I cannot agree with, however, is his finding that these fundamental principles of copyright law have been ousted in this case by the language of the *Copyright Act*. In so finding, he employs a literal approach to the interpretation of s. 3(1)(d), reading the words of the provision without the benefit of the

[169] Le fait d'exclure les copies accessoires de diffusion de la portée du droit de reproduction prévu à l'al. 3(1)d) de la *Loi sur le droit d'auteur* ne porte pas préjudice aux intérêts légitimes des titulaires d'un droit d'auteur. Pratiquement tous les compositeurs représentés par la SODRAC pour l'administration des droits de reproduction de leurs œuvres sont également représentés par la SOCAN pour l'administration des droits de communication. Il est difficile de voir comment les objectifs de la *Loi sur le droit d'auteur* sont réalisés en permettant aux créateurs d'œuvres musicales de négocier à une table pour obtenir des redevances en échange du droit de diffuser leurs œuvres, et ensuite à une autre table pour obtenir des redevances supplémentaires pour les modalités techniques selon lesquelles ce même droit est exercé.

[170] C'est pourquoi j'ai de la difficulté à accepter l'analyse du juge Rothstein. Son point de vue a pour effet de pénaliser les diffuseurs qui mettent en œuvre des technologies de diffusion innovantes en créant des droits artificiels à une rémunération en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur* pour des activités accessoires qui n'ont jamais été censées être visées par cette dernière. Le juge Rothstein commence sa discussion sur la portée du droit de reproduction visé par l'al. 3(1)d) en reconnaissant que la façon dont la Cour interprète l'objet de la *Loi sur le droit d'auteur* a évolué depuis la conception centrée sur l'auteur de l'œuvre formulée dans l'arrêt *Bishop* jusqu'à celle du maintien du juste équilibre entre les droits des créateurs et la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles. Cet équilibre est atteint non seulement « en reconnaissant les droits du créateur, mais aussi en accordant l'importance qu'il convient à la nature limitée de ces droits » : *Théberge*, par. 31. Mon collègue reconnaît également le rôle que joue le principe de neutralité technologique tel qu'il a été énoncé plus récemment par la Cour dans l'arrêt *Entertainment Software Association* dans le maintien de cet équilibre. Dans cette mesure, je souscris à ses motifs. Toutefois, je ne puis souscrire à sa conclusion selon laquelle ces principes fondamentaux du droit en

purpose and context of the *Act* to ascertain its true meaning.

[171] He points to ss. 30.8 and 30.9 of the *Copyright Act*, which create finely calibrated and limited exceptions for certain kinds of ephemeral recordings, as evidence of Parliament's intention that broadcast-incidental copies engage the reproduction right. His argument is that, by virtue of creating these limited exceptions to the reproduction right, Parliament was confirming that all *other* ephemeral and incidental copies were protected under s. 3(1)(d) of the *Act*. Since the broadcast-incidental copies at issue in this case are not among the specific enumerated exceptions, Rothstein J. accepts SODRAC's argument that they necessarily engage the reproduction right set out in s. 3(1)(d).

[172] There is a much more plausible explanation for these narrow exceptions that better accords with the overarching purposes of the *Copyright Act*. As SODRAC acknowledges, these amendments were a legislative response to the Court's 1990 decision in *Bishop*. In *Bishop*, the Court was asked to determine whether the licensing of a performance right — the right to broadcast a musical work — implicitly authorized ephemeral recordings of a performance of the work for the purposes of effecting the broadcast. The composer claimed that the pre-recorded tape of the performance implicated the reproduction right. The defendant did not deny that such a copy was made, but argued that it was "ephemeral" and, as such, should not attract copyright liability. Applying a literal interpretation of s. 3(1)(d) to conclude that the ephemeral recording engaged the composer's reproduction rights, this Court held that a separate reproduction licence was required.

matière de droit d'auteur ont été écartés en l'espèce par le libellé de la *Loi sur le droit d'auteur*. Pour arriver à cette conclusion, il interprète littéralement l'al. 3(1)d), en lisant les termes de la disposition sans tirer bénéfice de l'objet et du contexte de la *Loi* pour vérifier sa véritable signification.

[171] Le juge Rothstein attire notre attention sur les art. 30.8 et 30.9 de la *Loi sur le droit d'auteur* — qui créent des exceptions minutieusement calibrées et limitées pour certains genres d'enregistrements éphémères — afin de démontrer que le législateur souhaitait que les copies accessoires de diffusion fassent intervenir le droit de reproduction. Selon lui, en créant ces exceptions limitées au droit de reproduction, le législateur a confirmé que toutes les *autres* copies éphémères et accessoires étaient protégées par l'al. 3(1)d) de la *Loi*. Puisque les copies accessoires de diffusion en cause en l'espèce ne font pas partie des exceptions précises énumérées, le juge Rothstein accepte l'argument de la SODRAC selon lequel elles font forcément intervenir le droit de reproduction énoncé à l'al. 3(1)d).

[172] Il existe une explication beaucoup plus plausible pour justifier ces exceptions restreintes, qui s'accorde mieux avec les objets généraux de la *Loi sur le droit d'auteur*. Comme le reconnaît la SODRAC, ces modifications ont été apportées en réponse à la décision rendue en 1990 par la Cour dans *Bishop*. Dans cet arrêt, la Cour a été appelée à déterminer si le fait de céder des droits d'exécution — le droit de diffuser une œuvre musicale — autorisait implicitement les enregistrements éphémères d'une exécution de l'œuvre dans le but de servir la diffusion. Le compositeur a fait valoir que le ruban préenregistré de son exécution faisait intervenir le droit de reproduction. La défenderesse n'a pas nié que pareille copie avait été effectuée, mais a soutenu qu'elle était « éphémère » et que, par conséquent, il ne devrait pas lui être rattaché une responsabilité pour violation du droit d'auteur. En interprétant littéralement l'al. 3(1)d) pour conclure que l'enregistrement éphémère mettait en cause les droits de reproduction du compositeur, la Cour a statué qu'une licence de reproduction distincte était nécessaire.

[173] Broadcasters sought corrective legislative intervention. The results of their efforts were ss. 30.8 and 30.9. Section 30.8 makes provision for broadcasters who have a right to broadcast a live performance, but no right to make recordings of that performance. Subject to specific conditions, it allows them to make temporary recordings of the performance for the purpose of the broadcast without obtaining a second permission from the copyright holder: Hugues G. Richard and Laurent Carrière, eds., *Canadian Copyright Act Annotated* (loose-leaf), at pp. 30.8-9 and 30.8-10. Section 30.9 offers an exception for broadcasters who have a right to broadcast a sound recording but no right to make copies of it. It allows the broadcaster to convert a pre-recorded performance from one medium to another if it is necessary for the purposes of broadcasting: Richard and Carrière, at p. 30.9-7. These exceptions are subject to specific conditions, including that the copy be made by the broadcaster itself for its own broadcast; and that it cannot be synchronized with any other work or subject matter. The parties agree that neither provision applies to the broadcast-incidental copies at issue in this case.

[174] These discrete legislative responses to a specific judicial interpretation of the *Copyright Act* should not, it seems to me, be mistaken for a Rosetta stone on the scope and meaning of the reproduction right. And they are far from the express statutory language required to displace such fundamental objectives and principles underpinning the *Copyright Act* as technological neutrality and balance. The effect of such an approach is to set a new precedent for statutory interpretation, one that is contrary to the long-accepted approach which requires that we examine the words of a statute “in their entire context”.

[175] It is more credible, it seems to me, to interpret ss. 30.8 and 30.9 as an effort to provide greater

[173] Les diffuseurs ont sollicité une intervention législative correctrice. Grâce à leurs efforts, les art. 30.8 et 30.9 ont été édictés. L'article 30.8 prévoit des dispositions pour les diffuseurs qui ont le droit de diffuser une exécution en direct, mais qui n'ont pas le droit d'effectuer des enregistrements de cette exécution. Sous réserve de conditions précises, cette disposition leur permet d'effectuer des enregistrements temporaires de la prestation pour les besoins de la diffusion sans obtenir une deuxième permission de la part du titulaire du droit d'auteur : Hugues G. Richard et Laurent Carrière, dir., *Canadian Copyright Act Annotated* (feuilles mobiles), p. 30.8-9 et 30.8-10. L'article 30.9 prévoit une exception pour les diffuseurs qui ont le droit de diffuser un enregistrement sonore, mais qui n'ont pas le droit d'en effectuer des copies. Il permet aux diffuseurs de convertir une exécution préenregistrée d'un support à un autre si cela est nécessaire pour les besoins de la diffusion : Richard et Carrière, p. 30.9-7. Ces exceptions sont assujetties à des conditions précises, y compris que la copie soit effectuée par le diffuseur même pour sa propre diffusion et qu'elle ne peut être synchronisée avec quelque autre œuvre que ce soit. Les parties conviennent que ni l'une ni l'autre de ces dispositions ne s'applique aux copies accessoires de diffusion en cause en l'espèce.

[174] Ces réponses législatives distinctes à une interprétation judiciaire précise de la *Loi sur le droit d'auteur* ne devraient pas, il me semble, être perçues comme une pierre de Rosette quant à la portée et à la signification du droit de reproduction. De plus, elles sont loin du libellé législatif exprès requis pour supplanter des objectifs et principes aussi fondamentaux qui sous-tendent la *Loi sur le droit d'auteur* que ceux de la neutralité technologique et de l'équilibre. Cette approche a pour effet d'établir un nouveau précédent relativement à l'interprétation législative, un précédent qui est contraire à l'approche acceptée depuis longtemps qui exige que nous examinions les termes d'une loi « dans leur contexte global ».

[175] Il me semble plus crédible d'interpréter les art. 30.8 et 30.9 comme une façon d'assurer que

certainty that certain classes of ephemeral recording are not to attract copyright liability. They were a response to a decision of this Court in order to *maintain* technological neutrality, *not* a comprehensive statement on the content of the reproduction right, or which kinds of copies will trigger it. While ss. 30.8 and 30.9 are illustrative of the distinction between broadcasting and reproduction rights and specifically identify certain classes of copies that do not engage the reproduction right, they are, as exceptions, of limited value in interpreting the scope of the reproduction right found in s. 3(1), a provision enacted many years earlier. To find otherwise would trap Parliament in an interminable and losing game of catch-up with swift and unknown technological currents.

[176] This brings me to the effect of *Bishop* on this case. The Federal Court of Appeal concluded that the legal character of the broadcast-incidental copies at issue in this case was settled by that 1990 decision. *Bishop*, however, rests on jurisprudential foundations that have been revised by this Court's subsequent jurisprudence. For a start, *Bishop* explicitly adopts a literal approach to the interpretation of s. 3(1)(d) and the introductory paragraph to s. 3(1) of the *Copyright Act*: pp. 484-85.

[177] In the years since *Bishop* was decided, this Court has clarified that statutory interpretation cannot be founded on the wording of the statute alone: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21. The purposes of the *Copyright Act* — including the pre-eminent principle of technological neutrality, and the goal of maintaining the balance between users and copyright holders — have therefore taken on enhanced prominence in the interpretive exercise. These purposes lead us away from approaching the “reproduction right” as capturing every technical or incidental reproduction, and towards an approach that examines whether it is the kind of “reproduction” the *Act* was intended to protect. And that, in turn, requires

certaines catégories d'enregistrements éphémères ne sont pas assujetties à des redevances. Ces dispositions répondaient à un arrêt de la Cour afin de *maintenir* la neutralité technologique, et *ne* constituaient *pas* un énoncé complet du contenu du droit de reproduction, ni ne dressaient la liste des types de copies qui le feront intervenir. Même si les art. 30.8 et 30.9 permettent d'illustrer la distinction entre les droits de diffusion et de reproduction et identifient spécifiquement certaines catégories de copies qui ne mettent pas en cause le droit de reproduction, à titre d'exceptions, ils sont d'une valeur limitée pour interpréter la portée du droit de reproduction visé au par. 3(1), une disposition édictée de nombreuses années plus tôt. Conclure autrement forcerait le législateur à rattraper constamment son retard à l'égard de courants technologiques inconnus et qui évoluent rapidement.

[176] Cela m'amène à l'effet de l'arrêt *Bishop* sur le cas qui nous occupe. La Cour d'appel fédérale a conclu que la nature juridique des copies accessoires de diffusion en cause en l'espèce a été établie par cet arrêt de 1990. L'arrêt *Bishop*, toutefois, repose sur des fondements jurisprudentiels qui ont été révisés par la jurisprudence subséquente de la Cour. Tout d'abord, l'arrêt *Bishop* a explicitement adopté une interprétation littérale de l'al. 3(1)d) et du paragraphe introductif du par. 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* : p. 484-485.

[177] Dans les années qui ont suivi l'arrêt *Bishop*, la Cour a précisé que l'interprétation législative ne peut être fondée sur le seul libellé du texte de loi : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21. Les objets de la *Loi sur le droit d'auteur* — y compris le principe prééminent de neutralité technologique et l'objectif de maintien de l'équilibre entre les utilisateurs et les titulaires d'un droit d'auteur — ont par conséquent pris une importance accrue dans l'exercice d'interprétation. Ces objets nous évitent d'interpréter le « droit de reproduction » comme englobant toute reproduction technique ou accessoire et nous mènent à adopter une approche visant à examiner s'il s'agit du genre de « reproduction » que la *Loi* visait à protéger.

examining the purpose and effect of the reproduction — in other words, its technological context.

[178] If, on the other hand, we adopt a literal interpretation of the right enumerated in s. 3(1)(d) of the *Act*, there will be no room for the principle of technological neutrality in the interpretation of rights enumerated in s. 3(1) of the *Act*. Finding that the plain meaning of s. 3(1)(d) and the result in *Bishop* dictate the scope of the reproduction right in lieu of a purposive and technologically neutral interpretation will, as a result, roll back nearly two decades of this Court’s statutory interpretation and copyright jurisprudence.

[179] Since, in my view, the creation of broadcast-incident copies is not a compensable exercise of the reproduction right, it is not necessary to consider how the Board should value such copies. That said, I have concerns about how the majority articulates and applies the principle of technological neutrality to the issue of valuation. The thirteen years of copyright jurisprudence since *Théberge* have built up the principles of balance and technological neutrality floor by floor. With respect, the majority’s approach builds an entirely new structure which is not only wholly inconsistent with the established case law, it tears down the existing foundations. It has a significant and detrimental impact on how the balance is struck between copyright holders and the users of protected works, deviates from the principle of technological neutrality articulated in *Entertainment Software Association*, and creates uncertainty as to how the principle of technological neutrality operates.

[180] First, this Court, in *Théberge*, concluded that the *Copyright Act* is a balance between obtaining a “just reward” for the creator of protected works, and “promoting the public interest in the encouragement and dissemination” of such works:

Ainsi, il faut examiner l’objet et l’effet de la reproduction — autrement dit, son contexte technologique.

[178] Si, en revanche, nous adoptons une interprétation littérale du droit énoncé à l’al. 3(1)d) de la *Loi*, il n’y aura aucune place pour le principe de neutralité technologique dans l’interprétation des droits énoncés au par. 3(1) de la *Loi*. Conclure que le sens ordinaire de l’al. 3(1)d) et que l’issue de l’arrêt *Bishop* dictent la portée du droit de reproduction au lieu d’adopter une interprétation téléologique et neutre sur le plan de la technologie annulera, par conséquent, près de deux décennies de jurisprudence de la Cour quant à l’interprétation législative et en matière de droit d’auteur.

[179] Puisque, à mon sens, la création de copies accessoires de diffusion ne constitue pas un exercice du droit de reproduction justifiant rémunération, j’estime qu’il n’est pas nécessaire d’examiner quelle valeur la Commission devrait accorder à ces copies. Cela dit, je suis préoccupée par la façon dont les juges majoritaires énoncent le principe de neutralité technologique et l’applique à la question de l’évaluation. La jurisprudence des treize dernières années depuis *Théberge* relative au droit d’auteur a construit les principes de mise en équilibre et de neutralité technologique étage par étage. Soit dit en tout respect, l’approche adoptée par les juges majoritaires établit une structure totalement contraire à la jurisprudence établie, mais qui en démolit en outre les fondations. Cela a une incidence considérable et néfaste sur la façon dont est atteint l’équilibre entre les titulaires du droit d’auteur et les utilisateurs des œuvres protégées, cela s’écarte du principe de neutralité technologique énoncé dans *Entertainment Software Association* et cela crée de l’incertitude quant à la façon dont ce principe fonctionne.

[180] Premièrement, dans *Théberge*, la Cour a conclu que la *Loi sur le droit d’auteur* établit un équilibre entre l’obtention d’une « juste récompense » pour le créateur des œuvres protégées et la « promotion, dans l’intérêt du public, de la création

para. 30. This balance considers whether the legitimate interests of copyright holders are implicated by the proposed use of their protected works. The majority's application of the principle of technological neutrality disrupts how this balance is struck. The majority proposes two novel factors for the Board to consider when striking a balance between user and copyright holder interests: (1) the nature of the copyright-protected work's use in the new technology; and (2) the risks taken and the extent of the investment made by the user in the new technology. While the first factor is consistent with the balance articulated in *Théberge*, the second is not. Its effect is to tie copyright holder compensation to actions of the user that are unrelated and irrelevant to the rights held in the protected works. If we follow the majority's new factor to its logical conclusion, we could well find that users who make a sufficiently large investment or take sufficiently high risks may, by doing so, deprive the copyright holder of *any* entitlement to compensation for the use of the protected works.

[181] Second, the majority's articulation of the principle of technological neutrality in this case represents a significant departure from the principle as it was articulated in *Entertainment Software Association*. As the majority acknowledges, the principle of technological neutrality articulated in *Entertainment Software Association* seeks to preserve the accepted balance between creators and users in the digital environment. In a case like this, where the use of new technology intersects with the *Copyright Act*, the principle of technological neutrality calls for an inquiry into whether there is functional equivalence between the old and new technology in a way that maintains that balance. The focus is on *what function* the technology is performing, not *how* it is performing it: *Entertainment Software Association*, at paras. 5 and 9-10. In other words, as Rothstein J. himself noted in *Rogers v.*

et de la diffusion » de telles œuvres : par. 30. Cette mise en équilibre tient compte de la question de savoir si les intérêts légitimes des titulaires du droit d'auteur sont mis en cause par l'usage qu'on se propose de faire de leurs œuvres protégées. L'application que font les juges majoritaires du principe de neutralité technologique perturbe la façon dont cet équilibre est établi. Ils proposent que la Commission tienne compte de deux nouveaux facteurs lorsqu'elle procède à cette mise en équilibre : (1) la nature de l'utilisation de l'œuvre protégée par le droit d'auteur avec la nouvelle technologie et (2) les risques pris par l'utilisateur et l'étendue de son investissement dans la nouvelle technologie. S'il est vrai que le premier facteur est compatible avec la mise en équilibre décrite dans *Théberge*, le second ne l'est pas. Il a pour effet de lier la compensation du titulaire du droit d'auteur aux actions de l'utilisateur qui n'ont pas de liens avec les droits relatifs aux œuvres protégées et qui ne sont pas pertinentes. Si l'on suit le deuxième nouveau facteur ajouté par les juges majoritaires jusqu'à sa conclusion logique, il se pourrait qu'on en arrive à conclure que les utilisateurs qui font un investissement suffisamment important ou qui prennent un risque suffisamment grand peuvent, ce faisant, priver le titulaire du droit d'auteur de *quelque* droit *que ce soit* à une compensation pour l'utilisation des œuvres protégées.

[181] Deuxièmement, la formulation du principe de neutralité technologique par les juges majoritaires en l'espèce constitue un changement important par rapport à sa formulation dans *Entertainment Software Association*. Comme le reconnaissent les juges majoritaires, le principe de neutralité technologique tel qu'il est formulé dans cet arrêt vise à préserver l'équilibre qui fait consensus entre les créateurs et les utilisateurs dans l'environnement numérique. Dans un cas comme celui-là, où l'utilisation de la nouvelle technologie recoupe la *Loi sur le droit d'auteur*, le principe de neutralité technologique suppose l'examen de la question de savoir s'il existe une équivalence fonctionnelle entre la nouvelle technologie et l'ancienne d'une manière qui maintienne cet équilibre. L'accent porte sur *la fonction* exercée par la technologie et non pas sur son *fonctionnement* : *Entertainment Software*

SOCAN, “[i]f the nature of the activity in both cases is the same, albeit accomplished through different technical means, there is no justification for distinguishing between the two for copyright purposes”: para. 29.

[182] As this Court confirmed in *Entertainment Software Association*, technological neutrality operates to prevent imposing additional, gratuitous fees on the user simply for the use of more efficient technologies: para. 9. By focusing the inquiry on the value that the technology is creating for the user, as the majority does, as opposed to the functional result created by the technology, it misconstrues technological neutrality. A technological innovation may create value for the user by increasing efficiencies, driving down costs, or allowing the user to remain competitive. But as this Court observed in *Entertainment Software Association*, a copyright holder like SODRAC is not entitled to be compensated for how efficiently a user like the CBC uses technology to achieve its broadcast. Those gains have nothing to do with the copyright holder’s legitimate interests, or with the balance struck between the copyright holder and the user.

[183] The result of the majority’s conclusions is uncertainty as to the purpose and application of the principle of technological neutrality in the interpretation and application of the *Copyright Act*, uncertainty as to how users of copyrighted material are to exercise their authorized rights and activities without incurring additional copyright liability, and uncertainty as to the “value” of incidental activities. It also represents the acceptance of layered licensing schemes whereby, rather than licensing the central activity of broadcasting, licences are granted for the central activity as well as for its component parts based solely on the method chosen to effect the central authorized activity. This results in the imposition of gratuitous costs on broadcasters merely for

Association, par. 5 et 9-10. Autrement dit, comme le juge Rothstein l’a lui-même noté dans *Rogers c. SOCAN*, « [l]orsque l’acte est foncièrement identique, bien qu’il soit accompli par des moyens techniques différents, rien ne justifie d’établir une distinction entre les deux envois pour les besoins de l’application du droit d’auteur » : par. 29.

[182] Comme la Cour l’a confirmé dans *Entertainment Software Association*, la neutralité technologique sert à éviter d’imposer des redevances additionnelles et injustifiées à l’utilisateur uniquement parce qu’il utilise des technologies plus efficaces : par. 9. Faire porter l’examen principalement sur la valeur que crée la technologie pour l’utilisateur, comme le font les juges majoritaires, plutôt que sur le résultat fonctionnel créé par la technologie, revient à interpréter erronément la neutralité technologique. Une innovation technologique peut créer de la valeur pour l’utilisateur en augmentant l’efficacité des processus, en réduisant les coûts ou en lui permettant de rester compétitif. Mais comme la Cour l’a fait remarquer dans *Entertainment Software Association*, le titulaire du droit d’auteur comme la SODRAC n’a pas le droit de recevoir une compensation pour l’efficacité avec laquelle un utilisateur comme la SRC se sert de la technologie pour mener à bien ses activités de diffusion. Ces gains n’ont rien à voir ni avec les intérêts légitimes du titulaire du droit d’auteur ni avec l’équilibre établi entre ce dernier et l’utilisateur.

[183] Les conclusions des juges majoritaires ont pour effet de créer une incertitude quant à l’objet et à l’application du principe de neutralité technologique dans l’interprétation et l’application de la *Loi sur le droit d’auteur*, une incertitude pour les utilisateurs d’œuvres protégées par le droit d’auteur quant à la façon d’exercer leurs droits et activités autorisés sans encourir une responsabilité supplémentaire pour violation du droit d’auteur, ainsi qu’une incertitude quant à la « valeur » des activités accessoires. Ces conclusions reviennent également à accepter les systèmes de licences aux couches multiples selon lesquels, plutôt que d’assujettir l’activité centrale de diffusion à une licence, les licences sont accordées pour l’activité centrale

the use of more efficient technologies that do not engage with the legitimate interests of copyright holders. These are the very consequences that this Court's decision in *Entertainment Software Association* said were proscribed by the principle of technological neutrality.

[184] In conclusion, applying the standard of reasonableness and looking at the Board's reasons as a whole, in my view its decision to impose royalty fees for broadcast-incidental copies was unreasonable. It is, as a result, unnecessary to consider the valuation issue.

[185] Why apply reasonableness? Here we come yet again to this Court's prodigal child, the standard of review. Too much obfuscation has already cluttered the journey, but while I hesitate to add words to an already overcrowded space, I have concerns that the majority has created yet another confusing fork in the road.

[186] The central issue in this appeal is whether the Copyright Board ought to have imposed royalty fees on the CBC for the creation of incidental copies that arise as a technical part of the digital broadcasting process. This question is at the heart of the Copyright Board's specialized mandate and therefore reviewable on a reasonableness standard.

[187] In this case, rather than review the Copyright Board's decision as a whole, Rothstein J. identifies no less than five separate issues, each of which he says attracts its own discrete standard of review analysis. One of these issues, "whether the *Copyright Act* allows SODRAC to seek a licence for CBC's broadcast-incidental copying", is said to warrant correctness review, while the other four

de même que pour ses composantes en fonction uniquement de la méthode choisie pour effectuer l'activité centrale autorisée. Ainsi, des coûts injustifiés seraient imposés aux diffuseurs simplement pour l'utilisation de technologies plus efficaces qui ne font pas intervenir les intérêts légitimes des titulaires du droit d'auteur. Il s'agit là des conséquences mêmes que la Cour a estimées prosrites par le principe de neutralité technologique dans l'arrêt *Entertainment Software Association*.

[184] Pour conclure, en appliquant la norme de la décision raisonnable et en examinant les motifs de la Commission dans leur ensemble, je suis d'avis que sa décision d'imposer des redevances pour les copies accessoires de diffusion était déraisonnable. Par conséquent, il est inutile d'examiner la question de l'évaluation.

[185] Pourquoi appliquer la norme de la décision raisonnable? Voilà qui nous amène encore une fois à l'enfant prodige de la Cour, la norme de contrôle. La route est déjà encombrée de trop de confusion, et même si j'hésite à ajouter des paroles dans un espace déjà trop encombré, je crains que les juges majoritaires n'aient créé sur le chemin une autre fourche déroutante.

[186] La question principale en l'espèce est celle de savoir si la Commission du droit d'auteur aurait dû imposer des redevances à la SRC pour la création de copies accessoires qui découlent de la partie technique du processus de diffusion numérique. Cette question est au cœur du mandat spécialisé de la Commission du droit d'auteur et est, par conséquent, susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable.

[187] En l'espèce, plutôt que d'examiner la décision de la Commission du droit d'auteur dans son ensemble, le juge Rothstein relève pas moins de cinq questions distinctes, dont chacune, affirme-t-il, emporte sa propre analyse de la norme de contrôle. Une de ces questions, à savoir « si la *LDA* permet à la SODRAC de chercher à obtenir une licence pour les copies accessoires de diffusion de la SRC »,

are to be reviewed on the reasonableness standard. Applying these competing standards to the different components of the Copyright Board's decision, he ultimately concludes that the Copyright Board was correct in proceeding on the basis that broadcast-incidental copies engage the reproduction right under the *Copyright Act*, but that some of its conclusions with respect to the other issues were reasonable while others were not. With respect, this takes judicial review Through the Looking Glass.

[188] It is true that, in *Rogers v. SOCAN*, the majority held that the appropriate standard of review is correctness for questions of law for which the Copyright Board and courts share concurrent jurisdiction: para. 15. But in that case, the “sole issue” was “the meaning of the phrase ‘to the public’ in s. 3(1)(f) of the [*Copyright Act*]”: para. 2. After deciding the legal issue, the majority applied that conclusion to the facts: paras. 53-56. No further standard of review was discussed, considered or applied. In this case, the Board's decision was to impose royalty fees for the creation of broadcast-incidental copies. Rothstein J. not only extricates as a discrete legal question whether the *Copyright Act* allows SODRAC to seek a licence for the CBC's broadcast-incidental copying, he subdivides the rest of the decision into separate compartments entitled to their own standard of review. This is both new and regressive. It is also an approach that was proscribed by this Court in *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 S.C.R. 650, at para. 100.

[189] Extricate the various components of the decision and subjecting each to its own standard of review analysis represents, with respect, a

justifierait un examen selon la norme de la décision correcte, alors que les quatre autres devraient être examinées selon la norme de la décision raisonnable. En appliquant ces normes concurrentes aux différentes parties de la décision de la Commission du droit d'auteur, il conclut en définitive que la Commission du droit d'auteur a eu raison de tenir pour acquis que les copies accessoires de diffusion font intervenir le droit de reproduction en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*, mais que certaines de ses conclusions à l'égard des autres questions étaient raisonnables, alors que d'autres ne l'étaient pas. Soit dit en tout respect, cette conclusion pousse le contrôle judiciaire de l'autre côté du miroir.

[188] Il est vrai que, dans l'arrêt *Rogers c. SOCAN*, les juges majoritaires ont conclu que la norme de contrôle applicable était celle de la décision correcte relativement aux questions de droit pour lesquelles la Commission du droit d'auteur et les cours de justice partagent une compétence concurrente : par. 15. Or, dans ce pourvoi, « [s]eul le sens des mots “au public” employés à l'al. 3(1)f de la [*Loi sur le droit d'auteur*] [faisait] l'objet du litige » : par. 2. Après avoir tranché la question de droit, les juges majoritaires ont appliqué cette conclusion aux faits : par. 53-56. Aucune autre norme de contrôle n'a été analysée, considérée, ni appliquée. En l'espèce, la Commission a décidé d'imposer des redevances pour la création de copies accessoires de diffusion. Le juge Rothstein non seulement met à l'écart à titre de question de droit celle de savoir si la *Loi sur le droit d'auteur* permet à la SODRAC de chercher à obtenir une licence pour les copies accessoires de diffusion de la SRC, mais il subdivise le reste de la décision en parties séparées emportant chacune l'application de leur propre norme de contrôle. Cette façon de procéder est à la fois nouvelle et régressive. Elle a également été proscrire par la Cour dans l'arrêt *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 650, par. 100.

[189] Soit dit en tout respect, traiter séparément les diverses parties de la décision et assujettir chacune d'entre elles à sa propre analyse de la norme

significant and inexplicable change in this Court's standard of review jurisprudence, further erodes the careful framework this Court endorsed in *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, and risks creating an unworkable template for the judicial review of administrative decision-making.

[190] This latest movement in Rothstein J.'s shifting tectonic reviewing plates — extricating the various aspects of a tribunal's decision for their own individual standard of review analysis — creates even more confusion in an area of jurisprudence already unduly burdened by too many exceptions in the brief years since this Court decided *Dunsmuir*. There are always many parts of a tribunal's decision. Requiring courts to separately assess the standard of review for each of these parts and then to decide how many of those parts must be found to be unreasonable or incorrect in order to outweigh those parts which are found to be reasonable or correct may lead, with respect, to absurd results. Reviewing courts will be left to wonder just how many unreasonable or incorrect components of a decision it takes to warrant judicial intervention.

[191] Breaking down a decision into each of its component parts also increases the risk that a reviewing court will find an error to justify interfering in the tribunal's decision, and may well be seen as a thinly veiled attempt to allow reviewing courts wider discretion to intervene in administrative decisions. This, at its core, is the re-introduction of the long since abandoned "preliminary question doctrine", whereby courts adopted such a broad and probing understanding of "jurisdictional error" that they could effectively substitute their own opinion for that of a tribunal on virtually any aspect of a tribunal's decision. The preliminary question doctrine was a judicial tactic to permit courts to intervene and substitute their own views. It was a tactic *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R.

de contrôle représente un changement important et inexplicable dans la jurisprudence de la Cour en matière de norme de contrôle, affaibli également le cadre formulé minutieusement approuvé par la Cour dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, et risque de créer un modèle non fonctionnel pour le contrôle judiciaire des décisions administratives.

[190] Cette dernière dérive orchestrée par le juge Rothstein des plaques tectoniques de l'univers du contrôle judiciaire — dégager les divers aspects d'une décision d'un tribunal pour les assujettir à leur propre analyse de la norme de contrôle — crée encore plus de confusion dans un domaine de la jurisprudence qui a déjà été inutilement alourdi par trop d'exceptions durant les quelques années depuis que la Cour a rendu l'arrêt *Dunsmuir*. La décision d'un tribunal comporte toujours beaucoup de parties. Obliger les cours de révision à évaluer séparément la norme applicable à chacune de ces parties, puis à décider combien de ces parties doivent être jugées déraisonnables ou incorrectes pour pouvoir surpasser les parties qui sont jugées raisonnables ou correctes peut mener, à mon humble avis, à des résultats absurdes. Les cours de révision seront obligées de se demander combien il faut de parties déraisonnables ou incorrectes dans la décision pour justifier une intervention judiciaire.

[191] Le fait de diviser une décision en plusieurs parties augmente également le risque qu'une cour de révision trouve une erreur pour justifier son intervention dans la décision du tribunal et pourrait bien être perçu comme une tentative à peine voilée de conférer aux cours chargées de contrôles judiciaires un pouvoir discrétionnaire plus large pour intervenir dans les décisions administratives. Cela reviendrait essentiellement à réintroduire la « doctrine de la condition préalable », abandonnée depuis longtemps, selon laquelle les tribunaux interprétaient l'« erreur de compétence » d'une façon si large et approfondie qu'ils pouvaient en effet substituer leur propre opinion à celle du tribunal sur pratiquement tous les aspects de la décision. La doctrine de la condition préalable était une tactique judiciaire qui permettait aux cours de justice

227, sought to end and *Dunsmuir* sought to bury. Its spiritual heirs should be given the same treatment.

[192] I would therefore allow the appeal with costs throughout.

The following are the reasons delivered by

[193] KARAKATSANIS J. (dissenting) — I agree with my colleague Justice Abella on the merits and in the result. I write, however, because I cannot accept her position on the standard of review. This expert tribunal is presumptively reviewable on the basis of reasonableness. However, I agree with Justice Rothstein that the legal issue of whether broadcast-incidentals engage the reproduction right must be reviewed on the basis of correctness, in accordance with our decision in *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283, at paras. 10-20. As the presumption has not otherwise been displaced, the standard of review of reasonableness applies to the balance of the statutory licence decision and the interim licence decision: Copyright Board file Nos. 70.2-2008-01, 70.2-2008-02, November 2, 2012 (online), and file No. 70.2-2012-01, January 16, 2013 (online), respectively.

[194] However, I do not endorse the general approach my colleague Justice Rothstein has taken to his analysis of the standard of review. I am concerned with a methodology that examines and ascribes a specific standard of review to each individual issue challenged within a tribunal decision. Our jurisprudence permits the isolation of a

d'intervenir et de substituer leurs propres visions à celles des tribunaux administratifs. Il s'agit d'une tactique que l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, a cherché à éliminer et que l'arrêt *Dunsmuir* a cherché à enterrer. Ses héritiers spirituels devraient recevoir le même traitement.

[192] Par conséquent, j'accueillerais le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

[193] LA JUGE KARAKATSANIS (dissidente) — Je suis d'accord avec ma collègue la juge Abella quant au fond et quant au résultat. J'écris toutefois les présents motifs parce que je ne peux pas accepter son point de vue quant à la norme de contrôle. Il y a une présomption que les décisions du tribunal spécialisé dont il est question en l'espèce sont assujetties à la norme de la décision raisonnable. Cela dit, je suis d'accord avec le juge Rothstein pour dire que la question de droit en litige, qui consiste à se demander si les copies accessoires de diffusion mettent en jeu le droit de reproduction, doit être revue suivant la norme de la décision correcte, aux termes de notre décision dans *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, par. 10-20. Puisque la présomption n'a été renversée à aucun autre égard, la norme de contrôle de la décision raisonnable s'applique au reste de la décision sur la licence légale ainsi qu'à la décision sur la licence provisoire : dossiers de la Commission du droit d'auteur n^{os} 70.2-2008-01, 70.2-2008-02, 2 novembre 2012 (en ligne), et dossier n^o 70.2-2012-01, 16 janvier 2013 (en ligne), respectivement.

[194] Cela dit, je ne souscris pas à l'approche générale adoptée par mon collègue le juge Rothstein pour analyser la norme de contrôle. Je redoute une méthode qui examine chaque élément contesté d'une décision d'un tribunal individuellement et qui lui attribue une norme de contrôle spécifique. La jurisprudence de la Cour permet d'isoler exceptionnellement

particular question of law on an exceptional basis; it does not *require* a separate standard of review analysis for each issue. I worry that an issue-by-issue approach, within each decision, will add to the submissions and analysis required to establish the standard of review in each case. It unnecessarily complicates an already overwrought area of the law.

[195] I would allow the appeal.

APPENDIX

Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42 (version in effect at the relevant time)

3. (1) For the purposes of this Act, “copyright”, in relation to a work, means the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever, to perform the work or any substantial part thereof in public or, if the work is unpublished, to publish the work or any substantial part thereof, and includes the sole right

. . .

(d) in the case of a literary, dramatic or musical work, to make any sound recording, cinematograph film or other contrivance by means of which the work may be mechanically reproduced or performed,

. . .

(f) in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to communicate the work to the public by telecommunication,

. . .

and to authorize any such acts.

30.8 (1) It is not an infringement of copyright for a programming undertaking to fix or reproduce in accordance with this section a performer’s performance or work, other than a cinematographic work, that is performed live or a sound recording that is performed at the same time as the performer’s performance or work, if the undertaking

une question de droit en particulier; elle n’*exige* pas de procéder à une analyse distincte de la norme de contrôle pour chaque question. Je crains qu’une approche qui se penche sur les questions une à la fois, n’ajoute aux observations et à l’analyse requises pour établir la norme de contrôle dans chaque cas. Cela complique inutilement un domaine du droit déjà tarabiscoté.

[195] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi.

ANNEXE

Loi sur le droit d’auteur, L.R.C. 1985, c. C-42 (version en vigueur au moment pertinent)

3. (1) Le droit d’auteur sur l’œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l’œuvre, sous une forme matérielle quelconque, d’en exécuter ou d’en représenter la totalité ou une partie importante en public et, si l’œuvre n’est pas publiée, d’en publier la totalité ou une partie importante; ce droit comporte, en outre, le droit exclusif :

. . .

d) s’il s’agit d’une œuvre littéraire, dramatique ou musicale, d’en faire un enregistrement sonore, film cinématographique ou autre support, à l’aide desquels l’œuvre peut être reproduite, représentée ou exécutée mécaniquement;

. . .

f) de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique;

. . .

Est inclus dans la présente définition le droit exclusif d’autoriser ces actes.

30.8 (1) Ne constitue pas une violation du droit d’auteur le fait, pour une entreprise de programmation de fixer ou de reproduire, en conformité avec les autres dispositions du présent article, une œuvre — sauf une œuvre cinématographique — ou une prestation d’une telle œuvre exécutée en direct, ou un enregistrement sonore exécuté en même temps que cette œuvre ou cette prestation, pourvu que :

(a) is authorized to communicate the performer's performance, work or sound recording to the public by telecommunication;

(b) makes the fixation or the reproduction itself, for its own broadcasts;

(c) does not synchronize the fixation or reproduction with all or part of another recording, performer's performance or work; and

(d) does not cause the fixation or reproduction to be used in an advertisement intended to sell or promote, as the case may be, a product, service, cause or institution.

(2) The programming undertaking must record the dates of the making and destruction of all fixations and reproductions and any other prescribed information about the fixation or reproduction, and keep the record current.

(3) The programming undertaking must make the record referred to in subsection (2) available to owners of copyright in the works, sound recordings or performer's performances, or their representatives, within twenty-four hours after receiving a request.

(4) The programming undertaking must destroy the fixation or reproduction within thirty days after making it, unless

(a) the copyright owner authorizes its retention; or

(b) it is deposited in an archive, in accordance with subsection (6).

(5) Where the copyright owner authorizes the fixation or reproduction to be retained after the thirty days, the programming undertaking must pay any applicable royalty.

(6) Where the programming undertaking considers a fixation or reproduction to be of an exceptional documentary character, the undertaking may, with the consent of an official archive, deposit it in the official archive and must notify the copyright owner, within thirty days, of the deposit of the fixation or reproduction.

(7) In subsection (6), "official archive" means the Library and Archives of Canada or any archive established under the law of a province for the preservation of the official archives of the province.

a) l'entreprise ait le droit de les communiquer au public par télécommunication;

b) elle réalise la fixation ou la reproduction par ses propres moyens et pour sa propre diffusion;

c) la fixation ou la reproduction ne soit pas synchronisée avec tout ou partie d'une autre œuvre ou prestation ou d'un autre enregistrement sonore;

d) la fixation ou la reproduction ne soit pas utilisée dans une annonce qui vise à vendre ou promouvoir, selon le cas, un produit, une cause, un service ou une institution.

(2) L'entreprise doit inscrire, dans un registre qu'elle tient à jour, la date de la fixation ou de la reproduction et, le cas échéant, celle de la destruction, ainsi que tout autre renseignement visé par règlement concernant la fixation ou la reproduction.

(3) Elle met ce registre à la disposition du titulaire du droit d'auteur ou de son représentant pour inspection dans les vingt-quatre heures qui suivent la réception d'une demande à cet effet.

(4) Elle est tenue de détruire la fixation ou la reproduction dans les trente jours de sa réalisation, sauf si elle reçoit l'autorisation à l'effet contraire du titulaire du droit d'auteur ou si elle a fait le dépôt visé au paragraphe (6).

(5) Lorsque le titulaire du droit d'auteur l'autorise à garder la fixation ou la reproduction au-delà du délai de trente jours, elle doit verser les redevances afférentes, le cas échéant.

(6) Si elle estime que la fixation ou la reproduction réalisée dans les conditions visées au paragraphe (1) présente un caractère documentaire exceptionnel, l'entreprise peut, avec le consentement des archives officielles, la déposer auprès de celles-ci. Le cas échéant, elle avise le titulaire du droit d'auteur du dépôt dans les trente jours qui suivent.

(7) Au paragraphe (6), « archives officielles » s'entend de Bibliothèque et Archives du Canada et des établissements qui sont constitués en vertu d'une loi provinciale pour la conservation des archives officielles de la province.

(8) This section does not apply where a licence is available from a collective society to make the fixation or reproduction of the performer's performance, work or sound recording.

(9) A broadcasting undertaking, as defined in the *Broadcasting Act*, may make a single reproduction of a fixation or reproduction made by a programming undertaking and communicate it to the public by telecommunication, within the period referred to in subsection (4), if the broadcasting undertaking meets the conditions set out in subsection (1) and is part of a prescribed network that includes the programming undertaking.

(10) The reproduction and communication to the public by telecommunication must be made

- (a) in accordance with subsections (2) to (6); and
- (b) within thirty days after the day on which the programming undertaking made the fixation or reproduction.

(11) In this section, "programming undertaking" means

- (a) a programming undertaking as defined in subsection 2(1) of the *Broadcasting Act*;
- (b) a programming undertaking described in paragraph (a) that originates programs within a network, as defined in subsection 2(1) of the *Broadcasting Act*; or
- (c) a distribution undertaking as defined in subsection 2(1) of the *Broadcasting Act*, in respect of the programs that it originates.

The undertaking must hold a broadcasting licence issued by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission under the *Broadcasting Act*.

30.9 (1) It is not an infringement of copyright for a broadcasting undertaking to reproduce in accordance with this section a sound recording, or a performer's performance or work that is embodied in a sound recording, solely for the purpose of transferring it to a format appropriate for broadcasting, if the undertaking

- (a) owns the copy of the sound recording, performer's performance or work and that copy is authorized by the owner of the copyright;

(8) Le présent article ne s'applique pas dans les cas où l'entreprise peut obtenir, par l'intermédiaire d'une société de gestion, une licence l'autorisant à faire une telle fixation ou reproduction.

(9) Pendant la période visée au paragraphe (4), une entreprise de radiodiffusion au sens de la *Loi sur la radiodiffusion* peut, si elle fait partie d'un réseau désigné par règlement dont fait aussi partie l'entreprise de programmation et pourvu qu'elle remplisse les conditions visées au paragraphe (1), faire une seule reproduction de cette fixation ou reproduction et la communiquer au public par télécommunication.

(10) Le cas échéant, les paragraphes (2) à (6) s'appliquent, les délais en cause étant calculés à compter de la date de la réalisation de la fixation ou reproduction par l'entreprise de programmation.

(11) Pour l'application du présent article, « entreprise de programmation » s'entend, selon le cas :

- a) au sens de la *Loi sur la radiodiffusion*;
- b) d'une telle entreprise qui produit des émissions dans le cadre d'un réseau au sens de cette loi;
- c) d'une entreprise de distribution, au sens de la même loi, pour les émissions qu'elle produit elle-même.

Dans tous les cas, elle doit être titulaire d'une licence de radiodiffusion délivrée, en vertu toujours de la même loi, par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes.

30.9 (1) Ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait pour une entreprise de radiodiffusion de reproduire, en conformité avec les autres dispositions du présent article, un enregistrement sonore ou une prestation ou œuvre fixée au moyen d'un enregistrement sonore aux seules fins de les transposer sur un support en vue de leur radiodiffusion, pourvu que :

- a) elle en est le propriétaire et qu'il s'agisse d'exemplaires autorisés par le titulaire du droit d'auteur;

(b) is authorized to communicate the sound recording, performer's performance or work to the public by telecommunication;

(c) makes the reproduction itself, for its own broadcasts;

(d) does not synchronize the reproduction with all or part of another recording, performer's performance or work; and

(e) does not cause the reproduction to be used in an advertisement intended to sell or promote, as the case may be, a product, service, cause or institution.

(2) The broadcasting undertaking must record the dates of the making and destruction of all reproductions and any other prescribed information about the reproduction, and keep the record current.

(3) The broadcasting undertaking must make the record referred to in subsection (2) available to owners of copyright in the sound recordings, performer's performances or works, or their representatives, within twenty-four hours after receiving a request.

(4) The broadcasting undertaking must destroy the reproduction when it no longer possesses the sound recording or performer's performance or work embodied in the sound recording, or at the latest within thirty days after making the reproduction, unless the copyright owner authorizes the reproduction to be retained.

(5) If the copyright owner authorizes the reproduction to be retained, the broadcasting undertaking must pay any applicable royalty.

(6) This section does not apply if a licence is available from a collective society to reproduce the sound recording, performer's performance or work.

(7) In this section, "broadcasting undertaking" means a broadcasting undertaking as defined in subsection 2(1) of the *Broadcasting Act* that holds a broadcasting licence issued by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission under that Act.

66.51 The Board may, on application, make an interim decision.

b) elle ait le droit de les communiquer au public par télécommunication;

c) elle réalise la reproduction par ses propres moyens et pour sa propre diffusion;

d) la reproduction ne soit pas synchronisée avec tout ou partie d'une autre œuvre ou prestation ou d'un autre enregistrement sonore;

e) elle ne soit pas utilisée dans une annonce qui vise à vendre ou promouvoir, selon le cas, un produit, une cause, un service ou une institution.

(2) L'entreprise doit inscrire, dans un registre qu'elle tient à jour, la date de la reproduction ainsi que, le cas échéant, celle de la destruction, ainsi que tout autre renseignement visé par règlement concernant la reproduction.

(3) Elle met ce registre à la disposition du titulaire du droit d'auteur ou de son représentant pour inspection dans les vingt-quatre heures qui suivent la réception d'une demande à cet effet.

(4) Elle est tenue — sauf autorisation à l'effet contraire du titulaire du droit d'auteur — de détruire la reproduction dans les trente jours de sa réalisation ou, si elle est antérieure, soit à la date où l'enregistrement sonore ou la prestation ou œuvre fixée au moyen d'un enregistrement sonore n'est plus en sa possession.

(5) Lorsque le titulaire du droit d'auteur l'autorise à garder la reproduction, elle doit verser les redevances afférentes, le cas échéant.

(6) Le présent article ne s'applique pas dans les cas où l'entreprise peut obtenir, par l'intermédiaire d'une société de gestion, une licence l'autorisant à faire une telle fixation ou reproduction.

(7) Pour l'application du présent article, « entreprise de radiodiffusion » s'entend d'une entreprise de radiodiffusion, au sens de la *Loi sur la radiodiffusion*, qui est titulaire d'une licence de radiodiffusion délivrée par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes en vertu de cette loi.

66.51 La Commission peut, sur demande, rendre des décisions provisoires.

66.6 (1) The Board may, with the approval of the Governor in Council, make regulations governing

(a) the practice and procedure in respect of the Board's hearings, including the number of members of the Board that constitutes a quorum;

70.2 (1) Where a collective society and any person not otherwise authorized to do an act mentioned in section 3, 15, 18 or 21, as the case may be, in respect of the works, sound recordings or communication signals included in the collective society's repertoire are unable to agree on the royalties to be paid for the right to do the act or on their related terms and conditions, either of them or a representative of either may, after giving notice to the other, apply to the Board to fix the royalties and their related terms and conditions.

(2) The Board may fix the royalties and their related terms and conditions in respect of a licence during such period of not less than one year as the Board may specify and, as soon as practicable after rendering its decision, the Board shall send a copy thereof, together with the reasons therefor, to the collective society and the person concerned or that person's representative.

Appeal allowed with costs, ABELLA and KARAKATSANIS JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Solicitors for the respondents: Matteau Poirier avocats inc., Montréal.

Solicitors for the interveners the Centre for Intellectual Property Policy and Ariel Katz: Macera & Jarzyna, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: University of Ottawa, Ottawa.

Solicitors for the interveners the Canadian Musical Reproduction Rights Agency Ltd., the Canadian Music Publishers Association and the International Confederation of Music Publishers: Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

66.6 (1) La Commission peut, avec l'approbation du gouverneur en conseil, prendre des règlements régissant :

a) la pratique et la procédure des audiences, ainsi que le quorum;

70.2 (1) À défaut d'une entente sur les redevances, ou les modalités afférentes, relatives à une licence autorisant l'intéressé à accomplir tel des actes mentionnés aux articles 3, 15, 18 ou 21, selon le cas, la société de gestion ou l'intéressé, ou leurs représentants, peuvent, après en avoir avisé l'autre partie, demander à la Commission de fixer ces redevances ou modalités.

(2) La Commission peut, selon les modalités, mais pour une période minimale d'un an, qu'elle arrête, fixer les redevances et les modalités afférentes relatives à la licence. Dès que possible après la fixation, elle en communique un double, accompagné des motifs de sa décision, à la société de gestion et à l'intéressé, ou au représentant de celui-ci.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges ABELLA et KARAKATSANIS sont dissidentes.

Procureurs de l'appelante : Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Procureurs des intimées : Matteau Poirier avocats inc., Montréal.

Procureurs des intervenants le Centre des politiques en propriété intellectuelle et Ariel Katz : Macera & Jarzyna, Ottawa.

Procureur de l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko : Université d'Ottawa, Ottawa.

Procureurs des intervenantes l'Agence canadienne des droits de reproduction musicaux ltée, l'Association canadienne des éditeurs de musique et la Confédération internationale des éditeurs de musique : Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

Solicitors for the interveners Music Canada, the International Federation of the Phonographic Industry, the Canadian Council of Music Industry Associations, the Canadian Independent Music Association and Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs des intervenants Music Canada, la Fédération internationale de l'industrie phonographique, le Conseil canadien des associations de l'industrie musicale, l'Association canadienne de la musique indépendante et l'Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo : McCarthy Tétrault, Toronto.

B010 *Appellant*

v.

Minister of Citizenship and Immigration *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Canadian Association of Refugee Lawyers, Canadian Council for Refugees, Amnesty International (Canadian Section, English Branch), David Asper Centre for Constitutional Rights and United Nations High Commissioner for Refugees *Interveners*

- and -

J.P. and G.J. *Appellants*

v.

Minister of Public Safety and Emergency Preparedness *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Canadian Association of Refugee Lawyers, Canadian Council for Refugees, Amnesty International (Canadian Section, English Branch), David Asper Centre for Constitutional Rights, United Nations High Commissioner for Refugees and Canadian Civil Liberties Association *Interveners*

- and -

B306 *Appellant*

v.

B010 *Appelant*

c.

Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration *Intimé*

et

Procureur général de l'Ontario, Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés, Conseil canadien pour les réfugiés, Amnesty International (Canadian Section, English Branch), David Asper Centre for Constitutional Rights et Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés *Intervenants*

- et -

J.P. et G.J. *Appellants*

c.

Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile *Intimé*

et

Procureur général de l'Ontario, Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés, Conseil canadien pour les réfugiés, Amnesty International (Canadian Section, English Branch), David Asper Centre for Constitutional Rights, Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés et Association canadienne des libertés civiles *Intervenants*

- et -

B306 *Appelant*

c.

**Minister of Public Safety and Emergency
Preparedness** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,
Canadian Association of Refugee Lawyers,
Canadian Council for Refugees,
Amnesty International
(Canadian Section, English Branch),
David Asper Centre for Constitutional Rights,
United Nations High Commissioner
for Refugees and Canadian Civil
Liberties Association** *Interveners*

- and -

Jesus Rodriguez Hernandez *Appellant*

v.

**Minister of Public Safety and Emergency
Preparedness** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,
Canadian Association of Refugee Lawyers,
Canadian Council for Refugees,
Amnesty International
(Canadian Section, English Branch),
David Asper Centre for Constitutional Rights,
United Nations High Commissioner
for Refugees and Canadian Civil
Liberties Association** *Interveners*

**INDEXED AS: B010 v. CANADA
(CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**

2015 SCC 58

File Nos.: 35388, 35688, 35685, 35677.

2015: February 16; 2015: November 27.

**Ministre de la Sécurité publique et de la
Protection civile** *Intimé*

et

**Procureur général de l'Ontario,
Association canadienne des avocats
et avocates en droit des réfugiés,
Conseil canadien pour les réfugiés,
Amnesty International
(Canadian Section, English Branch),
David Asper Centre for Constitutional Rights,
Haut Commissariat des Nations Unies
pour les réfugiés et Association canadienne
des libertés civiles** *Intervenants*

- et -

Jesus Rodriguez Hernandez *Appellant*

c.

**Ministre de la Sécurité publique et de la
Protection civile** *Intimé*

et

**Procureur général de l'Ontario,
Association canadienne des avocats
et avocates en droit des réfugiés,
Conseil canadien pour les réfugiés,
Amnesty International
(Canadian Section, English Branch),
David Asper Centre for Constitutional Rights,
Haut Commissariat des Nations Unies
pour les réfugiés et Association canadienne
des libertés civiles** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : B010 c. CANADA
(CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)**

2015 CSC 58

N^{os} du greffe : 35388, 35688, 35685, 35677.

2015 : 16 février; 2015 : 27 novembre.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Immigration — Inadmissibility and removal — Organized criminality — People smuggling — Migrants aided illegal entry of asylum-seekers to Canada in course of collective flight to safety — Migrants seeking refugee status in Canada but found inadmissible based on grounds of organized criminal people smuggling — What conduct makes a person inadmissible to apply for refugee status for having engaged in people smuggling? — Whether people smuggling engaged in, in context of transnational crime, confined to activities conducted, directly or indirectly, for financial or other material benefit — What limits may be inferred from provision rendering persons inadmissible on grounds of organized criminality? — What is effect of requirement that people smuggling be in context of transnational crime? — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 37(1)(b).

Immigration — Interdiction de territoire et renvoi — Criminalité organisée — Passage de clandestins — Aide fournie par des migrants à des demandeurs d'asile pour entrer illégalement au Canada alors qu'ils tentaient collectivement d'y trouver refuge — Migrants revendiquant le statut de réfugié au Canada mais jugés interdits de territoire pour passage criminel organisé de clandestins — Quelle conduite empêche une personne de revendiquer le statut de réfugié pour s'être livrée au passage de clandestins? — Le fait de se livrer au passage de clandestins dans le cadre de la criminalité transnationale se limite-t-il aux activités menées afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel? — Quelles limites peuvent être inférées de la disposition qui a pour effet d'interdire de territoire une personne pour criminalité organisée? — Quel est l'effet de l'exigence que le passage de clandestins se fasse dans le cadre de la criminalité transnationale? — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27, art. 37(1)b).

B010, J.P., G.J., B306 and H (the “migrants”) were all found inadmissible to Canada under s. 37(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (“IRPA”) on the ground that they had been engaged in organized criminal smuggling. The result of being ruled inadmissible under s. 37(1)(b) is that the refugee claimant is peremptorily excluded from Canada without consideration of his or her claim on the merits. The migrants all say they were simply helping fellow asylum-seekers flee persecution, and were not engaged in people smuggling.

B010, J.P., G.J., B306 et H (les « migrants ») ont tous été déclarés interdits de territoire au Canada en application de l'al. 37(1)b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (« LIPR ») au motif qu'ils s'étaient livrés au passage criminel organisé de clandestins. Par suite de son interdiction de territoire au titre de l'al. 37(1)b), le demandeur d'asile est exclu péremptoirement du Canada sans que sa demande ne soit examinée sur le fond. Les migrants affirment tous qu'ils ne faisaient qu'aider leurs camarades demandeurs d'asile à fuir la persécution et qu'ils ne se livraient pas au passage de clandestins.

H is a native of Cuba who was accepted as a refugee by the United States. Two years later, he purchased a boat with two others and used it to transport 48 Cubans to the United States without the knowledge of United States authorities. Convicted in the United States of alien smuggling and receiving a deportation order from the United States, he came to Canada and claimed refugee protection.

H est originaire de Cuba et il a été accepté comme réfugié aux États-Unis. Deux ans plus tard, il a acheté, avec deux autres personnes, une embarcation qu'il a utilisée pour emmener 48 Cubains aux États-Unis à l'insu des autorités américaines. Déclaré coupable aux États-Unis de passage clandestin d'étrangers et frappé d'une mesure d'expulsion par ce pays, il est venu au Canada et a demandé l'asile.

B010, J.P., G.J., and B306 are among a group of nearly 500 Tamils from Sri Lanka who boarded the cargo ship *Sun Sea* in Thailand. The organizers of the voyage promised to transport them to Canada for sums ranging

B010, J.P., G.J. et B306 font partie d'un groupe de près de 500 Tamouls originaires du Sri Lanka qui sont montés à bord du navire *Sun Sea* en Thaïlande. Les organisateurs du voyage leur avaient promis de les amener au

from \$20,000 to \$30,000 per person. Shortly after departure, the Thai crew abandoned the ship, leaving the asylum-seekers on board to their own devices. Twelve of the migrants took over various duties during the three-month voyage across the Pacific Ocean to Canada. The ship was dilapidated, unsafe and crowded. Food was in short supply and the fear of interception was constant. B010 worked two three-hour shifts in the engine room each day, monitoring the temperature, water and oil level of the equipment. J.P., who was accompanied by his wife G.J., stood lookout, read the GPS and radar, and acted as an assistant navigator during the voyage. B306 volunteered to act as a cook and lookout. He cooked three meals a day for the crew, and used a telescope to spot approaching trawlers and notify the crew so that passengers could be hidden below deck to avoid interception.

The Immigration and Refugee Board (“Board”) found the migrants inadmissible to Canada, on the basis that s. 37(1)(b) of the *IRPA* covers all acts of assistance to illegal migrants and does not require a profit motive. On judicial review to the Federal Court, B010’s application was rejected while the applications of J.P., G.J., B306 and H were allowed. The Federal Court of Appeal rejected B010’s appeal and in the remaining cases, the court allowed the appeals and reinstated the Board’s decisions of inadmissibility.

Held: The appeals should be allowed and the cases remitted to the Board for reconsideration.

Section 37(1)(b) of the *IRPA* performs a gatekeeping function. People who fall within it cannot have their refugee claims determined, regardless of the merits. The respondent Ministers say that the term “people smuggling” in s. 37(1)(b) should be interpreted broadly as barring anyone who knowingly assisted a person to enter a country illegally. The migrants argue for a narrower interpretation that would allow them to have their refugee claims determined in Canada.

Acts committed by people who are not themselves members of criminal organizations, who do not act in knowing furtherance of a criminal aim of such organizations, or who do not organize, abet or counsel serious crimes involving such organizations, do not fall within

Canada pour des sommes allant de 20 000 \$ à 30 000 \$ par personne. Peu après le départ, l’équipage thaïlandais a abandonné le navire, laissant les demandeurs d’asile à eux-mêmes. Douze des migrants ont assumé différentes tâches au cours de la traversée de trois mois de l’océan Pacifique jusqu’au Canada. Le navire était délabré, dangereux et bondé. Il y avait pénurie de nourriture et les passagers craignaient sans cesse d’être interceptés. B010 effectuait chaque jour deux quarts de travail de trois heures dans la salle des machines, où il surveillait la température, l’eau et le niveau d’huile des machines. J.P., qui était accompagné de son épouse G.J., assurait la vigie, consultait le GPS et le radar et agissait comme aide-navigateur pendant le voyage. B306 s’est porté volontaire pour cuisiner et agir comme vigie. Il cuisinait trois repas par jour pour l’équipage et utilisait un télescope pour repérer les chalutiers qui s’approchaient d’eux. Il en avisait alors les membres de l’équipage, ce qui permettait de cacher les passagers dans la cale afin d’éviter qu’ils soient interceptés.

La Commission de l’immigration et du statut de réfugié (« Commission ») a déclaré les migrants interdits de territoire au Canada parce que l’al. 37(1)b) de la *LIPR* s’applique à toute aide apportée à des migrants illégaux et n’exige pas que ces actes soient commis à des fins lucratives. Lors du contrôle judiciaire en Cour fédérale, la demande de B010 a été rejetée alors que les demandes de J.P. et de G.J., de B306 et de H ont été accueillies. La Cour d’appel fédérale a rejeté l’appel de B010 et dans les autres affaires, elle a fait droit aux appels et rétabli les décisions de la Commission portant interdiction de territoire.

Arrêt : Les pourvois sont accueillis et les affaires sont renvoyées à la Commission pour réexamen.

L’alinéa 37(1)b) de la *LIPR* joue un rôle de gardien. Ceux et celles qui tombent sous le coup de cette disposition ne peuvent faire trancher leur demande d’asile, peu importe son bien-fondé. Les ministres intimés affirment que l’expression « passage de clandestins » figurant à l’al. 37(1)b) doit recevoir une interprétation large de manière à ce qu’elle interdise de territoire quiconque a aidé sciemment une personne à entrer illégalement au pays. Les migrants plaident en faveur d’une interprétation plus étroite qui leur permettrait d’obtenir une décision quant à leur demande d’asile au Canada.

Les actes commis par une personne qui ne fait pas partie d’une organisation criminelle, qui ne participe pas aux activités de cette organisation en sachant que sa participation contribuera à la réalisation du but criminel de l’organisation, ou qui n’organise, n’encourage ni

s. 37(1)(b). The tools of statutory interpretation — plain and grammatical meaning of the words; statutory and international contexts; and legislative intent — all point inexorably to the conclusion that s. 37(1)(b) applies only to people who act to further illegal entry of asylum-seekers in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit in the context of transnational organized crime.

A migrant who aids in his own illegal entry or the illegal entry of other refugees or asylum-seekers in their collective flight to safety is not inadmissible under s. 37(1)(b). Acts of humanitarian and mutual aid (including aid between family members) do not constitute people smuggling under the *IRPA*. To justify a finding of inadmissibility on the grounds of people smuggling under s. 37(1)(b), the respondent Ministers must establish before the Board that the migrants are people smugglers in this sense. The migrants can escape inadmissibility under s. 37(1)(b) if they merely aided in the illegal entry of other refugees or asylum-seekers in the course of their collective flight to safety.

The interpretation of s. 37(1)(b) of the *IRPA* taken by the Board was not within the range of reasonable interpretations. The migrants were found inadmissible on an erroneous interpretation of s. 37(1)(b) and are entitled to have their admissibility reconsidered on the basis of the interpretation here.

It is unnecessary to consider whether s. 37(1)(b) of the *IRPA* unconstitutionally violates s. 7 of the *Charter* on the basis that s. 37(1)(b) is overbroad in catching migrants mutually aiding one another and humanitarian workers, as the migrants are entitled to a new hearing on the basis of the proper interpretation of s. 37(1)(b). The argument is of no assistance in any event, as s. 7 of the *Charter* is not engaged at the stage of determining admissibility to Canada under s. 37(1).

Cases Cited

Referred to: *R. v. Appulonappa*, 2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754; *Hernandez Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FCA 324, [2014] 2 F.C.R. 224,

ne favorise au moyen de conseils la perpétration d'une infraction grave impliquant l'organisation, ne sont pas visés par l'al. 37(1)(b). Les moyens d'interprétation législative — le sens clair et grammatical des mots; le contexte législatif et international; l'intention du législateur — mènent tous inexorablement à la conclusion que l'al. 37(1)(b) s'applique uniquement aux personnes qui posent des gestes pour assurer l'entrée illégale de demandeurs d'asile dans un pays afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel dans le cadre de la criminalité transnationale organisée.

Le migrant qui contribue à sa propre entrée illégale au pays ou qui aide d'autres réfugiés ou demandeurs d'asile à entrer illégalement au pays alors qu'ils tentent collectivement d'y trouver refuge n'est pas interdit de territoire au sens de l'al. 37(1)(b). Les actes d'aide humanitaire et d'assistance mutuelle (y compris d'entraide familiale) ne constituent pas du passage de clandestins au sens de la *LIPR*. Pour justifier leur conclusion d'interdiction de territoire pour passage de clandestins au titre de l'al. 37(1)(b), les ministres intimés doivent établir devant la Commission que les migrants sont des passeurs de clandestins en ce sens. Les migrants peuvent échapper à l'interdiction de territoire prévue à l'al. 37(1)(b) s'ils ont simplement aidé d'autres réfugiés ou demandeurs d'asile à entrer illégalement au pays alors qu'ils tentaient collectivement d'y trouver refuge.

L'interprétation donnée à l'al. 37(1)(b) de la *LIPR* par la Commission ne faisait pas partie des interprétations raisonnables. Les migrants ont été déclarés interdits de territoire sur le fondement d'une interprétation erronée de l'al. 37(1)(b) et ils ont droit à une nouvelle enquête suivant l'interprétation exposée ici.

Il n'est pas nécessaire de se demander si l'al. 37(1)(b) de la *LIPR* viole de manière inconstitutionnelle l'art. 7 de la *Charte* au motif que cet alinéa a une portée excessive du fait qu'il s'applique aux migrants qui s'entraident et aux travailleurs humanitaires, parce que les migrants ont droit à une nouvelle audience qui tient compte de l'interprétation correcte de l'al. 37(1)(b). Quoi qu'il en soit, l'argument n'est d'aucune utilité puisque l'art. 7 de la *Charte* n'entre pas en jeu lorsque vient le temps de déterminer si un migrant est interdit de territoire au Canada selon le par. 37(1).

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754; *Hernandez Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CAF 324, [2014]

aff'd 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Zingre v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 392; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401; *United States of America v. Anekwu*, 2009 SCC 41, [2009] 3 S.C.R. 3; *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281; *Thibodeau v. Air Canada*, 2014 SCC 67, [2014] 3 S.C.R. 340; *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code (organized crime and law enforcement) and to make consequential amendments to other Acts, Bill C-24, 1st Sess., 37th Parl., 2001 (assented to December 18, 2001), S.C. 2001, c. 32.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 467.1(1) "criminal organization".

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3, 11(1), 20(1), 34, 35, 36, 37, 41, 42, 44, 99, 101(1)(f), 112, 113, 114, 117, 118, 121, 124(1)(a), 133.

Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, ss. 6, 50, 228.

Treaties and Other International Instruments

Convention relating to the Status of Refugees, 189 U.N.T.S. 150, arts. 31(1), 33.

Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2241 U.N.T.S. 480, arts. 2, 3(a) "smuggling of migrants", 6, 11, 19.

Protocol relating to the Status of Refugees, 606 U.N.T.S. 267.

Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2237 U.N.T.S. 319, art. 14(1).

United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2225 U.N.T.S. 209, arts. 1, 2(a) "organized criminal group", 3, 5, 34.

2 R.C.F. 224, conf. par 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Zingre c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 392; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401; *États-Unis d'Amérique c. Anekwu*, 2009 CSC 41, [2009] 3 R.C.S. 3; *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281; *Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340; *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 467.1(1) « organisation criminelle ».

Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

Loi modifiant le Code criminel (crime organisé et application de la loi) et d'autres lois en conséquence, projet de loi C-24, 1^{re} sess., 37^e lég., 2001 (sanctionné le 18 décembre 2001), L.C. 2001, c. 32.

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27, art. 3, 11(1), 20(1), 34, 35, 36, 37, 41, 42, 44, 99, 101(1)f), 112, 113, 114, 117, 118, 121, 124(1)a), 133.

Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 6, 50, 228.

Traités et autres instruments internationaux

Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, 2225 R.T.N.U. 209, art. 1, 2a) « groupe criminel organisé », 3, 5, 34.

Convention relative au statut des réfugiés, 189 R.T.N.U. 150, art. 31(1), 33.

Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948), art. 14.

Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, 2237 R.T.N.U. 319, art. 14(1).

Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, 2241

Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), art. 14.

Authors Cited

- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 137, No. 046, 1st Sess., 37th Parl., April 23, 2001, p. 2954.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration. *Evidence*, No. 2, 1st Sess., 37th Parl., March 1, 2001 (online: <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1040558&Language=E&Mode=1&Parl=37&Ses=1>), 9:30 to 9:35.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration. *Evidence*, No. 3, 1st Sess., 37th Parl., March 13, 2001 (online: <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=599716&Language=E&Mode=1&Parl=37&Ses=1>), 10:40.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration. *Evidence*, No. 9, 1st Sess., 37th Parl., April 5, 2001 (online: <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1040661&Language=E&Mode=1&Parl=37&Ses=1>), 10:50.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration. *Evidence*, No. 27, 1st Sess., 37th Parl., May 17, 2001 (online: <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1040838&Language=E&Mode=1&Parl=37&Ses=1>), 10:35 to 10:40.
- Currie, Robert J., and Joseph Rikhof. *International & Transnational Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2013.
- Gallagher, Anne T., and Fiona David. *The International Law of Migrant Smuggling*. New York: Cambridge University Press, 2014.
- Goodwin-Gill, Guy S., and Jane McAdam. *The Refugee in International Law*, 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Hathaway, James C. *The Rights of Refugees Under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Nollkaemper, André. *National Courts and the International Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- United Nations. Office on Drugs and Crime. *Travaux préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational*

R.T.N.U. 480, art. 2, 3a) « trafic illicite de migrants », 6, 11, 19.

Protocole relatif au statut des réfugiés, 606 R.T.N.U. 267.

Doctrine et autres documents cités

- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration. *Témoignages*, n° 2, 1^{re} sess., 37^e lég., 1^{er} mars 2001 (en ligne : <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1040558&Mode=1&Parl=37&Ses=1&Language=F>), 9 h 30 à 9 h 35.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration. *Témoignages*, n° 3, 1^{re} sess., 37^e lég., 13 mars 2001 (en ligne : <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=599716&Mode=1&Parl=37&Ses=1&Language=F>), 10 h 40.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration. *Témoignages*, n° 9, 1^{re} sess., 37^e lég., 5 avril 2001 (en ligne : <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1040661&Mode=1&Parl=37&Ses=1&Language=F>), 10 h 50.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration. *Témoignages*, n° 27, 1^{re} sess., 37^e lég., 17 mai 2001 (en ligne : <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1040838&Mode=1&Parl=37&Ses=1&Language=F>), 10 h 35 à 10 h 40.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, n° 046, 1^{re} sess., 37^e lég., 23 avril 2001, p. 2954.
- Currie, Robert J., and Joseph Rikhof. *International & Transnational Criminal Law*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2013.
- Gallagher, Anne T., and Fiona David. *The International Law of Migrant Smuggling*, New York, Cambridge University Press, 2014.
- Goodwin-Gill, Guy S., and Jane McAdam. *The Refugee in International Law*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Hathaway, James C. *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- Nations Unies. Office contre la drogue et le crime. *Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant*, New York, Nations Unies, 2008.

Organized Crime and the Protocols thereto. New York: United Nations, 2006.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Evans, Dawson and Stratas JJ.A.), 2013 FCA 87, [2014] 4 F.C.R. 326, 443 N.R. 1, 359 D.L.R. (4th) 730, 16 Imm. L.R. (4th) 227, [2013] F.C.J. No. 322 (QL), 2013 CarswellNat 650 (WL Can.), affirming a decision of Noël J., 2012 FC 569, [2014] 1 F.C.R. 95, 412 F.T.R. 23, 13 Imm. L.R. (4th) 245, [2012] F.C.J. No. 594 (QL), 2012 CarswellNat 1560 (WL Can.). Appeal allowed.

APPEALS from a judgment of the Federal Court of Appeal (Sharlow, Mainville and Near JJ.A.), 2013 FCA 262, [2014] 4 F.C.R. 371, 451 N.R. 278, 368 D.L.R. (4th) 524, 20 Imm. L.R. (4th) 199, 61 Admin. L.R. (5th) 1, [2013] F.C.J. No. 1236 (QL), 2013 CarswellNat 4158 (WL Can.), setting aside a decision of Mosley J., 2012 FC 1466, [2014] 2 F.C.R. 146, 423 F.T.R. 144, [2012] F.C.J. No. 1648 (QL), 2012 CarswellNat 5628 (WL Can.); a decision of Gagné J., 2012 FC 1282, [2014] 2 F.C.R. 128, 421 F.T.R. 52, 14 Imm. L.R. (4th) 212, [2012] F.C.J. No. 1424 (QL), 2012 CarswellNat 4444 (WL Can.); and a decision of Zinn J., 2012 FC 1417, 422 F.T.R. 159, 13 Imm. L.R. (4th) 175, 45 Admin. L.R. (5th) 267, [2012] F.C.J. No. 1531 (QL), 2012 CarswellNat 4784 (WL Can.). Appeals allowed.

Rod H. G. Holloway and Erica Olmstead, for the appellant B010.

Lorne Waldman, Tara McElroy and Clarisa Waldman, for the appellants J.P. and G.J.

Raoul Boulakia, for the appellant B306.

Ronald Poulton, for the appellant Jesus Rodriguez Hernandez.

Marianne Zoric and François Joyal, for the respondents.

Nollkaemper, André. *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Evans, Dawson et Stratas), 2013 CAF 87, [2014] 4 R.C.F. 326, 443 N.R. 1, 359 D.L.R. (4th) 730, 16 Imm. L.R. (4th) 227, [2013] A.C.F. n° 322 (QL), 2013 CarswellNat 2611 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Noël, 2012 CF 569, [2014] 1 R.C.F. 95, 412 F.T.R. 23, 13 Imm. L.R. (4th) 245, [2012] A.C.F. n° 594 (QL), 2012 CarswellNat 5128 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Sharlow, Mainville et Near), 2013 CAF 262, [2014] 4 R.C.F. 371, 451 N.R. 278, 368 D.L.R. (4th) 524, 20 Imm. L.R. (4th) 199, 61 Admin. L.R. (5th) 1, [2013] A.C.F. n° 1236 (QL), 2013 CarswellNat 6398 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Mosley, 2012 CF 1466, [2014] 2 R.C.F. 146, 423 F.T.R. 144, [2012] A.C.F. n° 1648 (QL), 2012 CarswellNat 5629 (WL Can.); une décision de la juge Gagné, 2012 CF 1282, [2014] 2 R.C.F. 128, 421 F.T.R. 52, 14 Imm. L.R. (4th) 212, [2012] A.C.F. n° 1424 (QL), 2012 CarswellNat 5175 (WL Can.); et une décision du juge Zinn, 2012 CF 1417, 422 F.T.R. 159, 13 Imm. L.R. (4th) 175, 45 Admin. L.R. (5th) 267, [2012] A.C.F. n° 1531 (QL), 2012 CarswellNat 5608 (WL Can.). Pourvois accueillis.

Rod H. G. Holloway et Erica Olmstead, pour l'appelant B010.

Lorne Waldman, Tara McElroy et Clarisa Waldman, pour les appelants J.P. et G.J.

Raoul Boulakia, pour l'appelant B306.

Ronald Poulton, pour l'appelant Jesus Rodriguez Hernandez.

Marianne Zoric et François Joyal, pour les intimés.

Hart Schwartz and Padraic Ryan, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Jennifer Bond, Andrew J. Brouwer and Erin Bobkin, for the intervener the Canadian Association of Refugee Lawyers.

Angus Grant, Catherine Bruce, Laura Best and Fadi Yachoua, for the intervener the Canadian Council for Refugees.

Chantal Tie, Laïla Demirdache and Michael Bossin, for the intervener Amnesty International (Canadian Section, English Branch).

Barbara Jackman and Audrey Macklin, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

John Terry, Rana R. Khan and Ryan Lax, for the intervener the United Nations High Commissioner for Refugees.

Andrew I. Nathanson and Gavin Cameron, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] The smuggling of human beings across international frontiers is a matter of increasing concern all over the world. Those who are smuggled pay large sums for what are frequently life-threatening journeys to countries for which they have no documentation or right of entry. Some of these migrants are refugees who have a well-founded fear of persecution in their home country and a right to protection under Canadian and international law. The smugglers, for their part, cynically prey on these people's desperate search for better lives to enrich themselves without heed to the risks their victims face. The smugglers' activities are often controlled by extensive transnational criminal organizations

Hart Schwartz et Padraic Ryan, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jennifer Bond, Andrew J. Brouwer et Erin Bobkin, pour l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés.

Angus Grant, Catherine Bruce, Laura Best et Fadi Yachoua, pour l'intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés.

Chantal Tie, Laïla Demirdache et Michael Bossin, pour l'intervenante Amnesty International (Canadian Section, English Branch).

Barbara Jackman et Audrey Macklin, pour l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

John Terry, Rana R. Khan et Ryan Lax, pour l'intervenant le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés.

Andrew I. Nathanson et Gavin Cameron, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] Le passage de clandestins d'un pays à l'autre suscite de plus en plus d'inquiétudes partout dans le monde. Les clandestins versent d'importantes sommes d'argent pour entreprendre, dans bien des cas, un voyage au péril de leur vie vers un pays pour lequel ils n'ont aucuns papiers ni droit d'entrée. Certains de ces migrants sont des réfugiés qui craignent avec raison d'être persécutés dans leurs pays d'origine et qui ont droit à la protection accordée par le droit canadien et le droit international. Les passeurs, quant à eux, profitent cyniquement de ces gens qui cherchent désespérément une vie meilleure pour s'enrichir sans se soucier des risques auxquels s'exposent leurs victimes. Souvent, les activités des passeurs

which Canada and other states seek to combat through multilateral cooperation. Canada is a party to a number of international instruments aimed both at protecting refugees and combatting human smuggling. These commitments are reflected in the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (“*IRPA*”), and elsewhere in Canadian law.

[2] These appeals concern s. 37(1)(b) of the *IRPA*, which renders a person inadmissible to Canada, and effectively denies that person access to refugee determination procedures, if he or she has engaged in, in the context of transnational crime, activities such as people smuggling, trafficking in persons or money laundering.

[3] The appellants were all found inadmissible to Canada under s. 37(1)(b) of the *IRPA* on the basis of an interpretation that did not require that the conduct leading to inadmissibility be for profit or be connected with an organized criminal operation. Their situations vary. However, all say they were simply helping fellow asylum-seekers flee persecution, and were not engaged in people smuggling.

[4] Three questions arise. First, is “people smuggling” in s. 37(1)(b) confined to activities conducted, “directly or indirectly”, for “a financial or other material benefit”? Second, what limits flow from s. 37(1), which provides that a person is declared inadmissible on the grounds of “organized criminality”? Third, what is the effect of the requirement in s. 37(1)(b) that the smuggling be “in the context of transnational crime”?

[5] I conclude that s. 37(1)(b) of the *IRPA* applies only to people who act to further illegal entry of

sont contrôlées par de grandes organisations criminelles transnationales que cherchent à combattre le Canada et d’autres États par le truchement de la coopération multilatérale. Le Canada est partie à plusieurs instruments internationaux destinés à protéger les réfugiés et à lutter contre le passage de clandestins. Ces engagements trouvent leur écho dans la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27 (« *LIPR* »), et d’autres sources en droit canadien.

[2] Les présents pourvois portent sur l’al. 37(1)b) de la *LIPR*, lequel a pour effet d’interdire une personne de territoire au Canada et de l’exclure effectivement de la procédure de détermination du statut de réfugié si elle s’est livrée, dans le cadre de la criminalité transnationale, à des activités telles que le passage de clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité.

[3] Les appelants ont tous été déclarés interdits de territoire au Canada sur le fondement d’une interprétation de l’al. 37(1)b) de la *LIPR* selon laquelle cet alinéa n’exigeait pas que la conduite emportant interdiction de territoire ait une fin lucrative, ni qu’elle soit liée à une activité de criminalité organisée. Les situations dans lesquelles se trouvent les appelants varient. En revanche, les appelants affirment tous qu’ils ne faisaient qu’aider leurs camarades demandeurs d’asile à fuir la persécution et qu’ils ne se livraient pas au passage de clandestins.

[4] Trois questions se posent en l’espèce. Premièrement, l’expression « passage de clandestins » qui figure à l’al. 37(1)b) se limite-t-elle aux activités menées afin d’en tirer, « directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel »? Deuxièmement, quelles restrictions découlent du par. 37(1), qui prévoit l’interdiction de territoire pour « criminalité organisée »? Troisièmement, quel est l’effet de l’exigence énoncée à l’al. 37(1)b) que le passage de clandestins survienne « dans le cadre de la criminalité transnationale »?

[5] Je conclus que l’al. 37(1)b) de la *LIPR* s’applique uniquement aux personnes qui agissent pour

asylum-seekers in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit in the context of transnational organized crime. In coming to this conclusion, I outline the type of conduct that may render a person inadmissible to Canada and disqualify the person from the refugee determination process on grounds of organized criminality. I find, consistently with my reasons in the companion appeal in *R. v. Appulonappa*, 2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754, that acts of humanitarian and mutual aid (including aid between family members) do not constitute people smuggling under the *IRPA*.

[6] I would return these matters to the Immigration and Refugee Board (“Board”) for a new hearing in accordance with these reasons.

II. Facts and Judicial History

A. *Facts*

[7] Mr. Hernandez is a native of Cuba who was accepted as a refugee by the United States in 2001. Two years later, he purchased a boat with two others and used it to transport 48 Cubans to the United States without the knowledge of U.S. authorities. Convicted in the United States of alien smuggling and receiving a deportation order from the U.S., he came to Canada and claimed refugee protection.

[8] B306, J.P., G.J. and B010 are among a group of nearly 500 Tamils from Sri Lanka who boarded the cargo ship *Sun Sea* in Thailand. The organizers of the voyage promised to transport them to Canada for sums ranging from \$20,000 to \$30,000 per person. Shortly after departure, the Thai crew abandoned the ship, leaving the asylum-seekers on board to their own devices. Twelve of the migrants took over various duties during the three-month voyage across the Pacific Ocean to Canada. The ship was dilapidated, unsafe and crowded. Food was in short supply and the fear of interception was constant.

faire entrer illégalement des demandeurs d’asile afin d’en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel dans le cadre de la criminalité organisée transnationale. En arrivant à cette conclusion, je décris en quoi consiste la conduite qui peut emporter interdiction de territoire au Canada et exclusion du processus de détermination du statut de réfugié pour criminalité organisée. Conformément à mes motifs dans l’arrêt connexe *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754, je conclus que des actes d’aide humanitaire et d’assistance mutuelle (y compris d’entraide familiale) ne constituent pas du passage de clandestins au sens de la *LIPR*.

[6] Je suis d’avis de renvoyer les questions susmentionnées à la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (« Commission ») pour nouvelle instruction conforme aux présents motifs.

II. Faits et historique judiciaire

A. *Faits*

[7] Monsieur Hernandez est originaire de Cuba et il a été accepté comme réfugié aux États-Unis en 2001. Deux ans plus tard, il a acheté, avec deux autres personnes, une embarcation qu’il a utilisée pour emmener 48 Cubains aux États-Unis à l’insu des autorités américaines. Déclaré coupable aux États-Unis de passage clandestin d’étrangers et frappé d’une mesure d’expulsion par ce pays, il est venu au Canada et a demandé l’asile.

[8] B306, J.P., G.J. et B010 font partie d’un groupe de près de 500 Tamouls originaires du Sri Lanka qui sont montés à bord du navire *Sun Sea* en Thaïlande. Les organisateurs du voyage leur avaient promis de les amener au Canada pour des sommes allant de 20 000 \$ à 30 000 \$ par personne. Peu après le départ, l’équipage thaïlandais a abandonné le navire, laissant les demandeurs d’asile à eux-mêmes. Douze des migrants ont assumé différentes tâches au cours de la traversée de trois mois de l’océan Pacifique jusqu’au Canada. Le navire était délabré, dangereux et bondé. Il y avait pénurie de nourriture et les passagers craignaient sans cesse d’être interceptés.

[9] B010 worked two three-hour shifts in the engine room each day, monitoring the temperature, water and oil level of the equipment, without, he says, remuneration or benefit.

[10] J.P., who was accompanied by his wife G.J., stood lookout, read the GPS and radar, and acted as an assistant navigator during the voyage, in return for which he and his wife lived in crew quarters and benefited from more humane conditions than most of the migrants. G.J. was initially ruled inadmissible for consideration as a refugee under s. 42(a) of the *IRPA*, as an accompanying family member of a person ruled inadmissible. She has since been admitted as a refugee to Canada, rendering her appeal in this case moot. However, her husband has been declared inadmissible under s. 37(1)(b) because of his work on the ship, and faces potential deportation.

[11] B306 volunteered to act as a cook and lookout in order to receive better rations because, he asserts, he was hungry and in poor health. He cooked three meals a day for the crew, and used a telescope to spot approaching trawlers and notify the crew so that passengers could be hidden below deck to avoid interception.

[12] The *IRPA* contemplates two streams of refugee claimants — people who apply for refugee status from outside the country and obtain a visa to enter Canada (s. 99(2)); and people who apply from inside Canada (s. 99(3)). The majority of refugee claimants to Canada fall into the first stream. The *Sun Sea* passengers and Mr. Hernandez fell into the second stream.

[13] Migrants in the second stream face deportation under either of two provisions. First, they may be treated as inadmissible under s. 41 of the *IRPA*, and made subject to a conditional removal order pursuant to s. 44. Second, they may be declared

[9] B010 effectuait chaque jour deux quarts de travail de trois heures dans la salle des machines, où il surveillait la température, l'eau et le niveau d'huile des machines sans, dit-il, toucher une rémunération ou des avantages.

[10] J.P., qui était accompagné de son épouse G.J., assurait la vigie, consultait le GPS et le radar et agissait comme aide-navigateur pendant le voyage. En contrepartie, lui et son épouse logeaient dans les quartiers réservés à l'équipage et bénéficiaient de meilleures conditions que la plupart des migrants. G.J. s'est vu au départ refuser l'examen de sa demande d'asile en application de l'al. 42a) de la *LIPR* parce qu'elle accompagnait, à titre de membre de sa famille, une personne jugée interdite de territoire. Depuis, elle a été admise en tant que réfugiée au Canada, rendant théorique son appel en l'espèce. Son époux a cependant été déclaré interdit de territoire au titre de l'al. 37(1)b) en raison de son travail sur le navire et il risque d'être expulsé.

[11] B306 s'est porté volontaire pour cuisiner et agir comme vigie dans le but de recevoir de meilleures rations parce qu'à ses dires, il était affamé et en mauvaise santé. Il cuisinait trois repas par jour pour l'équipage et utilisait un télescope pour repérer les chalutiers qui s'approchaient d'eux. Il en avisait alors les membres de l'équipage, ce qui permettait de cacher les passagers dans la cale afin d'éviter qu'ils soient interceptés.

[12] La *LIPR* classe les demandeurs d'asile en deux catégories : les personnes qui demandent le statut de réfugié à l'étranger et qui obtiennent un visa pour entrer au Canada (par. 99(2)); les personnes qui demandent ce statut au Canada (par. 99(3)). La majorité des demandeurs d'asile au Canada entrent dans la première catégorie. Les passagers du *Sun Sea* et M. Hernandez entrent dans la seconde.

[13] Les migrants appartenant à la seconde catégorie sont passibles d'expulsion suivant l'une ou l'autre de deux dispositions. Tout d'abord, ils risquent d'être considérés interdits de territoire en application de l'art. 41 de la *LIPR* et de faire l'objet d'une mesure

inadmissible under s. 37(1)(b) of the *IRPA* on grounds of organized criminal people smuggling.

[14] Most of the *Sun Sea* migrants — 451 of the 492 — were ruled inadmissible under s. 41 and issued conditional removal orders. The appellants, however, were dealt with under s. 37(1)(b), on the ground that they had been engaged in organized criminal smuggling. The result of being ruled inadmissible under s. 37(1)(b) is that the refugee claimant is peremptorily excluded from Canada without consideration of his or her claim on the merits: s. 101(1)(f).

B. *Judicial History*

[15] The Board found the appellants inadmissible to Canada, on the basis that s. 37(1)(b) of the *IRPA* covers all acts of assistance to illegal migrants and, in particular, does not require a profit motive. It ruled that Mr. Hernandez was also inadmissible under s. 36(1)(b) (serious criminality) because of his prior conviction in the U.S. of alien smuggling.

[16] On judicial review to the Federal Court, different judges took different views on the scope of s. 37(1)(b). B010's application was rejected (Noël J., 2012 FC 569, [2014] 1 F.C.R. 95), while the applications of J.P. and G.J., B306 and Mr. Hernandez were allowed (Mosley J., 2012 FC 1466, [2014] 2 F.C.R. 146; Gagné J., 2012 FC 1282, [2014] 2 F.C.R. 128; and Zinn J., 2012 FC 1417, 422 F.T.R. 159, respectively).

[17] The cases were appealed to the Federal Court of Appeal, which opted for a broad view of the activity caught by s. 37(1)(b). B010's appeal was rejected (Evans, Dawson and Stratas J.J.A., 2013 FCA 87, [2014] 4 F.C.R. 326) on the ground that s. 37(1)(b) catches all acts of assistance to undocumented migrants, and in particular, does not require that the activity be conducted for financial

de renvoi conditionnelle au titre de l'art. 44. Ensuite, ils peuvent être déclarés interdits de territoire en application de l'al. 37(1)(b) de la *LIPR* pour passage criminel organisé de clandestins.

[14] La plupart des migrants à bord du *Sun Sea*, 451 sur 492, ont été déclarés interdits de territoire au titre de l'art. 41 et frappés de mesures de renvoi conditionnelles. Les appelants ont cependant été jugés en application de l'al. 37(1)(b) au motif qu'ils s'étaient livrés au passage criminel organisé de clandestins. Par suite de son interdiction de territoire au titre de cet alinéa, le demandeur d'asile est exclu péremptoirement du Canada sans que sa demande ne soit examinée sur le fond : al. 101(1)(f).

B. *Historique judiciaire*

[15] La Commission a déclaré les appelants interdits de territoire au Canada parce que l'al. 37(1)(b) de la *LIPR* s'applique à toute aide apportée à des immigrants illégaux et, plus précisément, qu'il n'exige pas que ces actes soient commis à des fins lucratives. La Commission a aussi déclaré M. Hernandez interdit de territoire au titre de l'al. 36(1)(b) (grande criminalité) en raison de la déclaration de culpabilité prononcée auparavant contre lui aux É.-U. pour passage clandestin d'étrangers.

[16] Lors du contrôle judiciaire en Cour fédérale, plusieurs juges ont exprimé des opinions divergentes sur la portée de l'al. 37(1)(b). La demande de B010 a été rejetée (le juge Noël, 2012 CF 569, [2014] 1 R.C.F. 95), alors que les demandes de J.P. et de G.J., de B306 et de M. Hernandez ont été accueillies (le juge Mosley, 2012 CF 1466, [2014] 2 R.C.F. 146; la juge Gagné, 2012 CF 1282, [2014] 2 R.C.F. 128; le juge Zinn, 2012 CF 1417, 422 F.T.R. 159, respectivement).

[17] Les décisions ont été portées en appel devant la Cour d'appel fédérale, laquelle a adopté une interprétation large de l'activité visée à l'al. 37(1)(b). L'appel de B010 a été rejeté (les juges Evans, Dawson et Stratas, 2013 CAF 87, [2014] 4 R.C.F. 326) pour le motif que l'al. 37(1)(b) vise toute aide apportée à des sans-papiers et, plus précisément, qu'il n'exige pas la recherche d'un avantage financier ou

or other material benefit. Taking the same broad view of s. 37(1)(b) in the remaining cases, the court (Sharlow, Mainville and Near JJ.A., 2013 FCA 262, [2014] 4 F.C.R. 371) allowed the appeals and reinstated the Board's decisions of inadmissibility.

III. The Issues

[18] The main issue in these appeals is what conduct makes a person inadmissible to apply for refugee status for having engaged in people smuggling under s. 37(1)(b) of the *IRPA*. Is it any and all assistance to undocumented migrants to Canada, as the respondent Minister of Citizenship and Immigration and the respondent Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (collectively referred to as “the Ministers”) contend? Or is the prohibited range of conduct narrower, as the appellants contend? If so, precisely what is the range of conduct caught by s. 37(1)(b)?

[19] The answer to this latter question depends on the answer to three more particular questions. First, is “people smuggling” in s. 37(1)(b) of the *IRPA* limited to activity that is done “in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit”? Second, what limits may be inferred from s. 37(1), which provides that a person is declared inadmissible on the grounds of “organized criminality”? Third, what is the effect of the requirement in s. 37(1)(b) that the smuggling be “in the context of transnational crime”?

[20] If s. 37(1)(b) applies broadly to any assistance to undocumented migrants, as the Federal Court of Appeal held, a further issue arises: Does s. 37(1)(b) violate s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in a manner that is not justified under s. 1, with the result that it is unconstitutional? Related to this is whether s. 7 of the *Charter* is properly engaged at the stage of determining admissibility as a refugee.

d'un autre avantage matériel. Donnant la même interprétation large à l'al. 37(1)b) dans les autres affaires, la Cour d'appel fédérale (les juges Sharlow, Mainville et Near, 2013 CAF 262, [2014] 4 R.C.F. 371) a fait droit aux appels et rétabli les décisions de la Commission portant interdiction de territoire.

III. Questions en litige

[18] La principale question en litige dans les présents pourvois est de savoir quelle conduite empêche une personne de revendiquer le statut de réfugié pour s'être livrée au passage de clandestins selon l'al. 37(1)b) de la *LIPR*. Est-ce toute aide apportée à des sans-papiers qui entrent au Canada, comme le prétendent le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration intimé et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile intimé (collectivement appelés « les ministres »)? Ou l'éventail des comportements interdits est-il plus limité, comme le prétendent les appelants? Dans l'affirmative, quel est au juste l'éventail des comportements visés à l'al. 37(1)b)?

[19] La réponse à cette dernière question dépend de celle donnée à trois autres questions plus précises. Premièrement, l'expression « passage de clandestins » figurant à l'al. 37(1)b) de la *LIPR* se limite-t-elle aux activités menées « afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel »? Deuxièmement, quelles limites peuvent être inférées du par. 37(1), suivant lequel une personne est déclarée interdite de territoire pour « criminalité organisée »? Troisièmement, quel est l'effet de l'exigence énoncée à l'al. 37(1)b) que le passage de clandestins se fasse « dans le cadre de la criminalité transnationale »?

[20] Si l'alinéa 37(1)b) s'applique au sens large à toute aide apportée à des sans-papiers, comme l'a conclu la Cour d'appel fédérale, se pose alors une autre question : l'al. 37(1)b) viole-t-il l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* d'une manière qui n'est pas justifiée au sens de l'article premier, de sorte qu'il est inconstitutionnel? Cela intéresse la question de savoir si l'art. 7 de la *Charte* entre en jeu à juste titre lorsque vient le temps de décider si une personne a la qualité de réfugié.

[21] A final issue arises from B306's assertion that his conduct is non-culpable because of duress and necessity.

IV. Discussion

A. *Standard of Review*

[22] The parties disagree as to the standard of review applicable to the Board's decision.

[23] There are potentially two issues to which the standard of review may be relevant: (1) the statutory interpretation of s. 37(1)(b) of the *IRPA*; and (2) the Board's application of s. 37(1)(b). This case turns on the statutory interpretation of the provision, which is determinative.

[24] Recent decisions in the Federal Court of Appeal have taken different views on whether questions of statutory interpretation involving consideration of international instruments should attract review on the standard of correctness or of reasonableness. In *Hernandez Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FCA 324, [2014] 2 F.C.R. 224, at paras. 22-25, the court applied a correctness standard; while in B010's appeal, now before us, the court concluded that reasonableness was the appropriate standard.

[25] This being the home statute of the tribunal and Ministers, there is a presumption that the standard of review is reasonableness: *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 34. The question is whether this presumption has been displaced in the appeals before us.

[26] We find it unnecessary to resolve this issue on these appeals. In our view, for the reasons discussed below, the interpretation of s. 37(1)(b) of the *IRPA* taken by the Board and supported by the Ministers was not within the range of reasonable interpretations.

[21] L'affirmation de B306 selon laquelle sa conduite est non coupable du fait de la contrainte et de la nécessité soulève une dernière question.

IV. Analyse

A. *Norme de contrôle*

[22] Les parties ne s'entendent pas sur la norme de contrôle applicable à la décision de la Commission.

[23] La norme de contrôle peut se rapporter à deux enjeux : (1) l'interprétation de l'al. 37(1)(b) de la *LIPR*; (2) l'application de cet alinéa par la Commission. C'est l'interprétation de la disposition qui est déterminante en l'espèce.

[24] La jurisprudence récente de la Cour d'appel fédérale est partagée quant au point de savoir si les questions d'interprétation législative impliquant la prise en compte d'instruments internationaux doivent être examinées selon la norme de la décision correcte ou celle de la décision raisonnable. Dans *Hernandez Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CAF 324, [2014] 2 R.C.F. 224, par. 22-25, la Cour d'appel a appliqué la norme de la décision correcte tandis que dans B010, une affaire dont nous sommes maintenant saisis, elle a conclu que la norme de la décision raisonnable devait s'appliquer.

[25] Puisque la *LIPR* est la loi constitutive du tribunal et des ministres, on présume que la norme de contrôle est la décision raisonnable : *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 34. Il s'agit de savoir si cette présomption a été écartée en l'espèce devant nous.

[26] Nous estimons inutile de statuer sur cette question dans les présents pourvois. À notre avis, pour les motifs exposés ci-après, l'interprétation donnée à l'al. 37(1)(b) de la *LIPR* par la Commission avec l'appui des ministres ne faisait pas partie des interprétations raisonnables.

B. *The Conduct Captured by Section 37(1)(b)*

[27] At the relevant time, s. 37(1)(b) provided as follows:

37. (1) [Organized criminality] A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of organized criminality for

. . .

(b) engaging, in the context of transnational crime, in activities such as people smuggling, trafficking in persons or money laundering.

In my view, there is no important difference between the English and French versions. (See relevant *IRPA* provisions set out in Appendix A.)

[28] Section 37(1)(b) of the *IRPA* performs a gate-keeping function. People who fall within it cannot have their refugee claims determined, regardless of the merits. The respondents say that the term “people smuggling” in s. 37(1)(b) should be interpreted broadly as barring anyone who knowingly assisted a person to enter a country illegally. This would catch the appellants, who argue for a narrower interpretation that would allow them to have their refugee claims determined in Canada.

[29] The range of conduct captured by s. 37(1)(b) of the *IRPA* is a matter of statutory interpretation. The modern rule of statutory interpretation requires us to read “the words of an Act . . . in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 7; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26.

B. *Les comportements visés par l'al. 37(1)b)*

[27] À l'époque pertinente, l'al. 37(1)b) était ainsi rédigé :

37. (1) [Activités de criminalité organisée] Emportent interdiction de territoire pour criminalité organisée les faits suivants :

. . .

b) se livrer, dans le cadre de la criminalité transnationale, à des activités telles le passage de clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité.

À mon avis, il n'y a pas de différence importante entre le texte français et le texte anglais. (Voir les dispositions de la *LIPR* applicables qui figurent à l'annexe A.)

[28] L'alinéa 37(1)b) de la *LIPR* joue un rôle de gardien. Ceux et celles qui tombent sous le coup de cette disposition ne peuvent faire trancher leur demande d'asile, peu importe son bien-fondé. Les intimés affirment que l'expression « passage de clandestins » figurant à l'al. 37(1)b) doit recevoir une interprétation large de manière à ce qu'elle interdise de territoire quiconque a aidé sciemment une personne à entrer illégalement au pays. Cette interprétation engloberait les appelants, qui plaident en faveur d'une interprétation plus étroite qui leur permettrait d'obtenir une décision quant à leur demande d'asile au Canada.

[29] L'éventail des comportements visés par l'al. 37(1)b) de la *LIPR* est une question d'interprétation législative. Suivant la règle moderne d'interprétation des lois, il faut lire [TRADUCTION] « 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 » : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 7; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26.

(1) The Words of Section 37(1)(b) Read in Their Ordinary and Grammatical Sense

[30] The starting point for the interpretation of s. 37(1)(b) is the ordinary and grammatical sense of the words used. At this point, the question is what the ordinary and grammatical sense of the words suggests on two questions: whether s. 37(1)(b) is confined to activity directed at “financial or other material benefit”; and what limits may be inferred from the phrases “on grounds of organized criminality” and “in the context of transnational crime”.

[31] Under the marginal note “Organized criminality”, s. 37(1) provides that “a foreign national is inadmissible on grounds of organized criminality for . . . (b) engaging, in the context of transnational crime, in activities such as people smuggling, trafficking in persons or money laundering”.

[32] The meaning of each of these phrases must be considered.

[33] I begin with the ordinary and grammatical meaning of “people smuggling”. The appellants argue that the ordinary meaning of this phrase involves a financial or other benefit to the smuggler. I do not agree. There is no express mention in s. 37(1)(b) of a profit motive and I cannot find a financial benefit requirement on the ordinary and grammatical meaning of the words alone.

[34] I turn next to the ordinary and grammatical meaning of “organized criminality”. While the phrase “organized crime” is generally understood as involving a profit motive, the phrase “organized criminality” is arguably broad enough to include organized criminal acts for non-pecuniary motives, such as terrorism or sexual exploitation.

[35] This leaves the ordinary and grammatical sense of the phrase “in the context of transnational crime”. The meaning of this phrase is arguably

(1) Le texte de l’al. 37(1)(b) lu dans son sens ordinaire et grammatical

[30] Pour interpréter l’al. 37(1)(b), il faut tout d’abord examiner le sens ordinaire et grammatical des mots qui y sont employés. À cette étape, on détermine ce qu’indique leur sens ordinaire et grammatical quant à deux questions : l’al. 37(1)(b) se limite-t-il aux activités ayant pour objet d’en tirer « un avantage financier ou un autre avantage matériel »; et quelles restrictions peuvent être inférées des segments « pour criminalité organisée » et « dans le cadre de la criminalité transnationale »?

[31] Sous la note marginale « Activités de criminalité organisée », le par. 37(1) prévoit qu’« [e]mportent interdiction de territoire pour criminalité organisée les faits suivants [. . .] b) se livrer, dans le cadre de la criminalité transnationale, à des activités telles le passage de clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité ».

[32] Il faut analyser le sens de chacun de ces segments.

[33] J’examinerai d’abord le sens ordinaire et grammatical de « passage de clandestins ». Les appelants soutiennent que le sens ordinaire de cette expression suppose un avantage financier ou autre pour le passeur. Je ne suis pas d’accord avec eux. L’alinéa 37(1)(b) ne mentionne pas expressément la recherche d’un profit et je ne puis dégager une exigence d’avantage financier du sens ordinaire et grammatical des mots eux-mêmes.

[34] Je passe maintenant au sens ordinaire et grammatical de « criminalité organisée ». Même si l’on considère généralement que le terme « crime organisé » implique la recherche d’un profit, il est possible de soutenir que l’expression « criminalité organisée » est assez large pour s’entendre des actes de criminalité organisée commis à des fins non pécuniaires comme le terrorisme ou l’exploitation sexuelle.

[35] Il reste à examiner le sens ordinaire et grammatical du segment « dans le cadre de la criminalité transnationale ». On peut soutenir que son sens

broader than that of “organized criminality”. First, the words “in the context of” suggest that a loose connection to transnational crime may suffice. Second, the phrase “transnational crime” is arguably broader than “transnational *organized* crime”. However, when the words “in the context of transnational crime” are read together with the words “organized criminality” with a view to finding a harmonious meaning for s. 37(1)(b) as a whole, it becomes clear that “transnational crime” in s. 37(1)(b), construed in its ordinary and grammatical sense, refers to organized transnational crime. Since the provision renders people inadmissible on grounds of “organized criminality”, the words “transnational crime” cannot be read as including non-organized individual criminality. In summary, the words of s. 37(1)(b), read in their ordinary and grammatical sense, suggest that the provision applies to acts of illegally bringing people into Canada, if that act is connected to transnational organized criminal activity.

(2) The Statutory Context of Section 37(1)(b)

[36] Reference to the ordinary grammatical sense of the words used is only the first step in the statutory interpretation of s. 37(1)(b). A statutory provision should be interpreted in its entire context and harmoniously with the scheme of the legislation. As we will see, the broader statutory context of s. 37(1)(b) suggests that the provision targets organized criminal activity in people smuggling for financial or other material benefit, and not asylum-seekers rendering each other mutual assistance.

[37] The first contextual consideration is the relationship between s. 37(1)(b) and the rest of s. 37(1). Subsection (1) introduces the concept of inadmissibility on grounds of organized criminality. Paragraphs (a) and (b) are instances of organized criminality. Section 37(1)(a) makes membership in criminal organizations one ground of inadmissibility, while s. 37(1)(b) makes “engaging, in the

est plus large que celui de « criminalité organisée ». Premièrement, les mots « dans le cadre de » portent à croire qu’un faible lien avec la criminalité transnationale peut suffire. Deuxièmement, il est possible de soutenir que l’expression « criminalité transnationale » est plus large que « criminalité transnationale *organisée* ». Toutefois, lorsqu’on interprète les mots « dans le cadre de la criminalité transnationale » en corrélation avec l’expression « criminalité organisée » dans le but de trouver un sens homogène pour l’al. 37(1)(b) dans son ensemble, il est clair que cette expression figurant à l’al. 37(1)(b), interprétée dans son sens ordinaire et grammatical, s’entend de la criminalité transnationale organisée. Puisqu’au titre de cette disposition, la « criminalité organisée » emporte interdiction de territoire, l’expression « criminalité transnationale » ne saurait être considérée comme englobant des activités de criminalité individuelle non organisée. En résumé, il appert du texte de l’al. 37(1)(b), lu dans son sens ordinaire et grammatical, que la disposition s’applique à des actes commis pour faire entrer illégalement des personnes au Canada, si ces actes se rapportent à des activités menées dans le cadre de la criminalité transnationale organisée.

(2) Le contexte législatif de l’al. 37(1)(b)

[36] Le fait de se référer au sens ordinaire et grammatical des mots utilisés n’est que la première étape de l’interprétation de l’al. 37(1)(b). Une disposition législative devrait être interprétée dans son contexte global et en harmonie avec l’économie de la loi. Comme nous le verrons plus loin, le contexte législatif plus large de l’al. 37(1)(b) porte à croire que la disposition vise l’activité criminelle organisée de passage de clandestins en contrepartie d’un avantage financier ou d’un autre avantage matériel, et non des demandeurs d’asile qui s’entraident.

[37] Le premier élément contextuel est la relation entre l’al. 37(1)(b) et le reste du par. 37(1). Le paragraphe (1) introduit le concept de l’interdiction de territoire pour criminalité organisée. On trouve aux al. a) et b) des exemples d’activités de criminalité organisée. L’alinéa 37(1)a) fait de l’appartenance à une organisation criminelle un motif d’interdiction de territoire, alors que l’al. 37(1)(b) prévoit que « se

context of transnational crime, in activities such as people smuggling, trafficking in persons or money laundering” another. Read in the context of s. 37(1) as a whole, it is clear that the focus of s. 37(1)(b), like that of s. 37(1)(a), is organized criminal activity.

[38] The second consideration is the relationship between inadmissibility for people smuggling under s. 37(1)(b) and other grounds of inadmissibility under the *IRPA*. The respondents argue that interpreting “people smuggling” to require a financial or other material benefit requirement fails to catch smuggling undertaken for other nefarious purposes, such as sexual exploitation or terrorism. Confining s. 37(1)(b) to financial or other material benefit will thus leave a gap in the statutory scheme, they argue. This contention overlooks other inadmissibility provisions in the *IRPA*. A person whose admission is not barred by s. 37(1)(b) may nevertheless be denied entry to Canada on grounds of national security (s. 34); human or international rights violations (s. 35); serious criminality (s. 36(1)); and criminality *simpliciter* (s. 36(2)).

[39] A third contextual consideration is the relationship between s. 37(1)(b) and the related offence provision in s. 117. As I explain in *Appulonappa* (released concurrently), the language of s. 117 is broad enough to catch anyone who assists an undocumented person to enter Canada. The respondents in these appeals in effect suggest that the narrower language of s. 37(1)(b) should be “read up” to mirror the broad language of s. 117, as was done by the Board and the Federal Court of Appeal.

[40] I cannot agree. In *Appulonappa*, I conclude that the broad scope of s. 117(1) exceeds Parliament’s purpose, rendering it overbroad and to this extent unconstitutional. A provision that is unconstitutionally overbroad cannot be used to widen a

livrer, dans le cadre de la criminalité transnationale, à des activités telles le passage de clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité » en est un autre. Interprété dans le contexte du par. 37(1) dans son ensemble, l’al. 37(1)(b), tout comme l’al. 37(1)(a), est sans aucun doute axé sur l’activité criminelle organisée.

[38] Le deuxième élément est le rapport entre l’interdiction de territoire pour passage de clandestins prévue à l’al. 37(1)(b) et les autres motifs emportant interdiction de territoire suivant la *LIPR*. Les intimés affirment qu’interpréter l’expression « passage de clandestins » de façon à ce que cette activité implique un avantage financier ou un autre avantage matériel ne tient pas compte du passage de clandestins fait à d’autres fins répréhensibles, comme l’exploitation sexuelle ou le terrorisme. Selon eux, limiter l’al. 37(1)(b) à un avantage financier ou à un autre avantage matériel laissera donc un vide dans le régime législatif. Or, cette affirmation ne tient pas compte des autres dispositions de la *LIPR* portant interdiction de territoire. La personne dont l’admission n’est pas interdite par l’al. 37(1)(b) peut néanmoins se voir interdire l’entrée au Canada pour raison de sécurité nationale (art. 34); atteinte aux droits humains ou internationaux (art. 35); grande criminalité (par. 36(1)); criminalité *simpliciter* (par. 36(2)).

[39] Le troisième élément contextuel est le rapport entre l’al. 37(1)(b) et la disposition connexe créant une infraction à l’art. 117. Comme je l’explique dans l’arrêt *Appulonappa* (rendu simultanément), l’art. 117 est libellé en termes suffisamment larges pour viser toute personne qui aide un sans-papiers à entrer au Canada. Les intimés dans les présents pourvois laissent en effet entendre que le libellé plus restreint de l’al. 37(1)(b) devrait être interprété de manière à refléter le libellé général de l’art. 117, comme l’ont fait la Commission et la Cour d’appel fédérale.

[40] Je ne saurais être de cet avis. Dans l’arrêt *Appulonappa*, j’arrive à la conclusion que la portée générale du par. 117(1) dépasse l’objectif du législateur, ce qui lui donne un caractère excessif et inconstitutionnel dans cette mesure. Une disposition

narrower provision. In any event, where Parliament has placed specific limits within a provision, these cannot be ignored on the ground that Parliament has cast a different provision more broadly.

[41] A fourth contextual consideration is the definition of “criminal organization” in s. 467.1(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The *Criminal Code* definition of “criminal organization” expressly requires a financial or other material benefit:

“criminal organization” means a group, however organized, that

(a) is composed of three or more persons in or outside Canada; and

(b) has as one of its main purposes or main activities the facilitation or commission of one or more serious offences that, if committed, would likely result in the direct or indirect receipt of a material benefit, including a financial benefit, by the group or by any of the persons who constitute the group.

It does not include a group of persons that forms randomly for the immediate commission of a single offence.

[42] While “organized criminality” and “criminal organization” are not identical phrases, they are logically and linguistically related and, absent countervailing considerations, should be given a consistent interpretation.

[43] The legislative history of s. 37(1)(b) of the *IRPA* and the *Criminal Code*’s definition of “criminal organization” strongly support this conclusion. Both provisions were enacted in anticipation of Canada’s obligations under the *United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, 2225 U.N.T.S. 209 (generally known, and referred to here, as the “*Palermo Convention*”). As explained below, the *Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air*, 2241 U.N.T.S. 480 (“*Smuggling*

inconstitutionnelle pour cause de portée excessive ne peut être utilisée dans le but d’élargir une disposition plus restreinte. Quoiqu’il en soit, quand le législateur énonce des limites précises dans une disposition, on ne peut pas en faire abstraction au motif qu’il a rédigé une autre disposition en termes plus généraux.

[41] Le quatrième élément contextuel est la définition d’« organisation criminelle » au par. 467.1(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. La définition d’« organisation criminelle » figurant dans le *Code criminel* exige explicitement qu’il y ait un avantage financier ou un autre avantage matériel :

« organisation criminelle » Groupe, quel qu’en soit le mode d’organisation :

a) composé d’au moins trois personnes se trouvant au Canada ou à l’étranger;

b) dont un des objets principaux ou une des activités principales est de commettre ou de faciliter une ou plusieurs infractions graves qui, si elles étaient commises, pourraient lui procurer — ou procurer à une personne qui en fait partie —, directement ou indirectement, un avantage matériel, notamment financier.

La présente définition ne vise pas le groupe d’individus formé au hasard pour la perpétration immédiate d’une seule infraction.

[42] Bien que les expressions « criminalité organisée » et « organisation criminelle » ne soient pas identiques, elles sont logiquement et linguistiquement liées et, en l’absence de facteurs qui font contrepoids, elles devraient recevoir une interprétation concordante.

[43] L’historique législatif de l’al. 37(1)(b) de la *LIPR* et la définition d’« organisation criminelle » que l’on trouve dans le *Code criminel* étayent fortement cette conclusion. Les deux dispositions ont été édictées en prévision des obligations imposées au Canada par la *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, 2225 R.T.N.U. 209 (généralement connue, et désignée en l’espèce, comme la « *Convention de Palermo* »). Comme je l’expliquerai plus loin, le *Protocole contre*

Protocol”), is one of three protocols under this convention. (See relevant provisions in Appendix B.)

[44] The *Criminal Code* definition of “criminal organization” was amended in 2001 by Bill C-24, *An Act to amend the Criminal Code (organized crime and law enforcement) and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 2001, c. 32. On second reading of the bill in the House of Commons, the Minister of Justice at the time, the Hon. Anne McLellan, explained that the new definition reflected Canada’s signature of the *Palermo Convention* (which was not then in force): *House of Commons Debates*, vol. 137, No. 046, 1st Sess., 37th Parl., April 23, 2001, at p. 2954. See also R. J. Currie and J. Rikhof, *International & Transnational Criminal Law* (2nd ed. 2013), at pp. 345-46.

[45] Similarly, s. 37(1)(b) of the *IRPA* was enacted in 2001 to deal with organized criminality in people smuggling and related activities pursuant to Canada’s obligations under the *Palermo Convention* and the related *Smuggling Protocol*. As the Assistant Deputy Minister, Citizenship and Immigration, Joan Atkinson put it at the time, s. 37(1) introduced “new inadmissibility provisions specifically directed at that form of organized crime”: *House of Commons, Standing Committee on Citizenship and Immigration, Evidence*, No. 3, 1st Sess., 37th Parl., March 13, 2001 (online), at 10:40.

[46] Thus the apparent similarity between the *IRPA* concept of “organized criminality” and the *Criminal Code* concept of “criminal organization” is no coincidence. Both provisions were enacted to give effect to the same international regime for the suppression of transnational crimes such as people smuggling. Section 37(1)(b) should be interpreted harmoniously with the *Criminal Code*’s definition of

le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, 2241 R.T.N.U. 480 (« *Protocole contre le trafic illicite de migrants* »), est l’un des trois protocoles établis en vertu de cette convention. (Voir les dispositions pertinentes à l’annexe B.)

[44] La définition d’« organisation criminelle » figurant au *Code criminel* a été modifiée en 2001 par le projet de loi C-24, *Loi modifiant le Code criminel (crime organisé et application de la loi) et d’autres lois en conséquence*, L.C. 2001, c. 32. À la deuxième lecture du projet de loi à la Chambre des communes, la ministre de la Justice de l’époque, l’honorable Anne McLellan, a expliqué que la nouvelle définition reflétait la signature par le Canada de la *Convention de Palerme* (qui n’était pas encore en vigueur) : *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, n° 046, 1^{re} sess., 37^e lég., 23 avril 2001, p. 2954. Voir également R. J. Currie et J. Rikhof, *International & Transnational Criminal Law* (2^e éd. 2013), p. 345-346.

[45] De même, l’al. 37(1)(b) de la *LIPR* a été édicté en 2001 pour s’attaquer à la criminalité organisée dans le passage de clandestins et les activités connexes conformément aux obligations du Canada au titre de la *Convention de Palerme* et du *Protocole contre le trafic illicite de migrants* s’y rapportant. Comme l’expliquait à l’époque Joan Atkinson, la sous-ministre adjointe de la Citoyenneté et de l’Immigration, le par. 37(1) comportait « de nouvelles dispositions concernant l’interdiction de territoire qui vis[ai]ent précisément cette forme de criminalité organisée » : *Chambre des communes, Comité permanent de la citoyenneté et de l’immigration, Témoignages*, n° 3, 1^{re} sess., 37^e lég., 13 mars 2001 (en ligne), à 10 h 40.

[46] Ainsi, la parenté évidente entre le concept de « criminalité organisée » dans la *LIPR* et celui d’« organisation criminelle » dans le *Code criminel* n’est pas le fruit du hasard. Les deux dispositions ont été édictées pour donner effet au même régime international visant la répression des crimes transnationaux tel le passage de clandestins. L’alinéa 37(1)(b) devrait être interprété en harmonie avec la définition

“criminal organization” as involving a material, including financial, benefit.

- (3) The International Context of Section 37(1)(b)
- (a) *International Law as Context: General Relevance*

[47] This Court has previously explained that the values and principles of customary and conventional international law form part of the context in which Canadian laws are enacted: *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, at para. 53. This follows from the fact that to interpret a Canadian law in a way that conflicts with Canada’s international obligations risks incursion by the courts in the executive’s conduct of foreign affairs and censure under international law. The contextual significance of international law is all the more clear where the provision to be construed “has been enacted with a view towards implementing international obligations”: *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at p. 1371. That is the case with the *IRPA*, the refugee protection aspects of which serve principally to discharge Canada’s obligations under the 1951 *Convention relating to the Status of Refugees*, 189 U.N.T.S. 150, and its 1967 *Protocol relating to the Status of Refugees*, 606 U.N.T.S. 267 (together the “*Refugee Convention*”), but also, as explained below, Canada’s obligations under the *Smuggling Protocol*.

[48] In keeping with the international context in which Canadian legislation is enacted, this Court has repeatedly endorsed and applied the interpretive presumption that legislation conforms with the state’s international obligations: see, e.g., *Zingre v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 392, at pp. 409-10; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, at paras. 128-31; *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401, at para. 39; *United States of America v. Anekwu*, 2009 SCC 41, [2009] 3 S.C.R. 3, at para. 25; *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281, at

d’« organisation criminelle » figurant au *Code criminel*, de sorte qu’il suppose un avantage matériel, notamment financier.

- (3) Le contexte international de l’al. 37(1)(b)
- a) *Le droit international en toile de fond : pertinence générale*

[47] La Cour a précédemment expliqué que les valeurs et les principes du droit international coutumier et conventionnel font partie du contexte d’adoption des lois canadiennes : *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 53. Cela découle du fait que donner à une loi canadienne une interprétation qui va à l’encontre des obligations internationales du Canada risque d’amener les tribunaux à s’ingérer dans la conduite des affaires étrangères de l’exécutif et la censure en droit international. L’importance contextuelle du droit international est d’autant plus claire lorsque la disposition à interpréter a été « adoptée en vue d’assurer l’exécution d’obligations internationales » : *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, p. 1371. C’est le cas de la *LIPR*, dont les dispositions liées à la protection des réfugiés permettent principalement au Canada de s’acquitter des obligations que lui imposent la *Convention relative au statut des réfugiés* de 1951, 189 R.T.N.U. 150, et son *Protocole relatif au statut des réfugiés* de 1967, 606 R.T.N.U. 267 (collectivement la « *Convention relative aux réfugiés* »), mais également, comme je l’expliquerai plus loin, des obligations que lui impose le *Protocole contre le trafic illicite de migrants*.

[48] Conformément au contexte international d’adoption de la législation canadienne, la Cour a maintes fois approuvé et appliqué la présomption interprétative selon laquelle la loi est conforme aux obligations internationales de l’État : voir, p. ex., *Zingre c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 392, p. 409-410; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, par. 128-131; *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401, par. 39; *États-Unis d’Amérique c. Anekwu*, 2009 CSC 41, [2009] 3 R.C.S. 3, par. 25; *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281,

para. 34; *Thibodeau v. Air Canada*, 2014 SCC 67, [2014] 3 S.C.R. 340, at para. 113. This interpretive presumption is not peculiar to Canada. It is a feature of legal interpretation around the world. See generally A. Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law* (2011), at c. 7.

[49] These principles, derived from the case law, direct us to relevant international instruments at the context stage of statutory interpretation. Furthermore, two interpretive provisions from s. 3 of the *IRPA* make Parliament's presumed intent to conform to Canada's international obligations explicit. Section 3(2)(b) expressly identifies one of the statute's objectives as "to fulfil Canada's international legal obligations with respect to refugees and affirm Canada's commitment to international efforts to provide assistance to those in need of resettlement". Similarly, s. 3(3)(f) instructs courts to construe and apply the *IRPA* in a manner that "complies with international human rights instruments to which Canada is signatory" (see *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655, at paras. 82-83 and 87). There can be no doubt that the *Refugee Convention* is such an instrument, building as it does on the right of persons to seek and to enjoy asylum from persecution in other countries as set out in art. 14 of the *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948).

[50] I conclude that it is appropriate to consider the relevant international instruments in interpreting s. 37(1)(b): the *Palermo Convention* and its protocols, and the *Refugee Convention*.

(b) *The Palermo Convention and Its Protocols*

[51] In addition to the international context of Canadian legislation generally, and of the *IRPA* in

par. 34; *Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340, par. 113. Cette présomption interprétative n'est pas propre au Canada. Il s'agit d'une caractéristique de l'interprétation des lois partout dans le monde. Voir, en général, A. Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law* (2011), c. 7.

[49] Ces principes issus de la jurisprudence nous dirigent vers des instruments internationaux applicables à l'étape du contexte de l'interprétation législative. De plus, deux dispositions interprétatives de l'art. 3 de la *LIPR* rendent explicite l'intention présumée du législateur de se conformer aux obligations internationales du Canada. L'alinéa 3(2)b) indique expressément que l'un des objectifs de la loi est « de remplir les obligations en droit international du Canada relatives aux réfugiés et aux personnes déplacées et d'affirmer la volonté du Canada de participer aux efforts de la communauté internationale pour venir en aide aux personnes qui doivent se réinstaller ». De même, l'al. 3(3)f) enjoint aux tribunaux d'interpréter et d'appliquer la *LIPR* d'une manière « conform[e] aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire » (voir *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655, par. 82-83 et 87). Il ne fait aucun doute que la *Convention relative aux réfugiés* est un instrument de cette nature, qui s'appuie sur le droit de toute personne de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays devant la persécution, comme l'indique l'art. 14 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948).

[50] Je conclus qu'il y a lieu de tenir compte des instruments internationaux pertinents dans l'interprétation de l'al. 37(1)b) : la *Convention de Palerme* et ses protocoles ainsi que la *Convention relative aux réfugiés*.

b) *La Convention de Palerme et ses protocoles*

[51] En plus du contexte international des lois canadiennes en général, et de la *LIPR* en particulier,

particular, s. 37(1)(b) finds its origin in international law, namely the *Palermo Convention* and the related *Smuggling Protocol*. The *Palermo Convention* was opened for signature in December 2000, together with two supplementing protocols, the *Smuggling Protocol* and the *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children*, 2237 U.N.T.S. 319 (the “*Human Trafficking Protocol*”). (A third protocol, concerning the illicit manufacturing of and trafficking in firearms, was adopted later but has no bearing on these appeals.) A key distinction between the *Smuggling Protocol* and the *Human Trafficking Protocol* lies in the concepts of coercion and consent. The latter protocol defines human trafficking as involving threats or use of force, abduction, deception, fraud or other forms of coercion against the trafficked person. By contrast, the *Smuggling Protocol* applies to cases where the smuggler and the smuggled agree that the former will procure the latter’s illegal entry into a state, in consideration of a financial or other material benefit. While the lines between trafficking and smuggling may sometimes blur, the presence or absence of consent remains an organizing principle of the two *Palermo Convention* protocols.

[52] Article 6(1)(a) of the *Smuggling Protocol* requires states parties to adopt measures to establish migrant smuggling as a criminal offence, defined as procuring illegal entry of a person into a state of which the person is not a national or a permanent resident, “in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit”: art. 3(a). The term “financial or other material benefit” is also found in the definition of “organized criminal group” in art. 2(a) of the *Palermo Convention*.

[53] Both the *Palermo Convention* and its two original protocols were drafted with a view to the

l’al. 37(1)(b) trouve son origine dans le droit international, en l’occurrence la *Convention de Palerme* et le *Protocole contre le trafic illicite de migrants* s’y rapportant. La *Convention de Palerme* a été ouverte à la signature en décembre 2000, conjointement avec deux protocoles additionnels, le *Protocole contre le trafic illicite de migrants* et le *Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants*, 2237 R.T.N.U. 319 (le « *Protocole sur la traite des personnes* »). (Un troisième protocole, qui concerne la fabrication et le trafic illicites d’armes à feu, a été adopté plus tard, mais n’a aucune incidence sur les présents pourvois.) Une des principales distinctions entre le *Protocole contre le trafic illicite de migrants* et le *Protocole sur la traite des personnes* tient aux notions de contrainte et de consentement. Ce dernier protocole définit la traite des personnes comme supposant la menace de recours ou le recours à la force, l’enlèvement, la tromperie, la fraude ou d’autres formes de contrainte exercées sur la victime. En revanche, le *Protocole contre le trafic illicite de migrants* s’applique aux cas où le passeur et le clandestin conviennent que le premier assurera au dernier l’entrée illégale dans un État en contrepartie d’un avantage financier ou d’un autre avantage matériel. Bien que la ligne de démarcation entre la traite de personnes et le passage de clandestins puisse parfois s’estomper, la présence ou l’absence de consentement demeure un principe directeur des deux protocoles de la *Convention de Palerme*.

[52] L’alinéa 6(1)a) du *Protocole contre le trafic illicite de migrants* exige que chaque État partie adopte des mesures pour conférer le caractère d’infraction pénale au trafic illicite de migrants, défini comme le fait d’assurer l’entrée illégale dans un État d’une personne qui n’est ni un ressortissant ni un résident permanent de cet État « afin d’en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel » : al. 3a). L’expression « un avantage financier ou un autre avantage matériel » se trouve également dans la définition de « groupe criminel organisé » à l’al. 2a) de la *Convention de Palerme*.

[53] La *Convention de Palerme* et ses deux protocoles initiaux ont été rédigés en tenant compte

need of states parties to meet their obligations under the earlier *Refugee Convention*. This is specifically reflected in art. 19(1) of the *Smuggling Protocol*, the “saving clause”, which provides as follows:

1. Nothing in this Protocol shall affect the other rights, obligations and responsibilities of States and individuals under international law, including international humanitarian law and international human rights law and, in particular, where applicable, the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees and the principle of non-refoulement as contained therein.

(See also art. 14(1) of the *Human Trafficking Protocol*.)

[54] The *IRPA* was enacted soon after the adoption of the *Palermo* regime, in the drafting of which Canada played an active role. This timing suggests that Parliament had these instruments in mind when it enacted s. 37(1)(b). The parliamentary record supports this inference. As Assistant Deputy Minister Atkinson said in explaining s. 37 before the House of Commons Standing Committee on Citizenship and Immigration:

Clause 37 deals with organized criminality. I would point out paragraph 37(1)(b), which is new. That is organized criminality:

(b) engaging, in the context of transnational crime, in activities such as people smuggling, trafficking in persons or money laundering.

So those are new inadmissibility provisions specifically directed at that form of organized crime.

(*Evidence*, No. 3, 1st Sess., 37th Parl., March 13, 2001 (online), at 10:40)

[55] Section 37(1)(b)’s express mention of the three activities of (a) people smuggling, (b) trafficking in persons, and (c) money laundering, indisputably refers to the *Palermo Convention* and its two

de la nécessité pour les États parties de s’acquitter des obligations que leur impose la *Convention relative aux réfugiés*, adoptée antérieurement. On le constate précisément au par. 19(1) du *Protocole contre le trafic illicite de migrants*, la « clause de sauvegarde », dont voici le libellé :

1. Aucune disposition du présent Protocole n’a d’incidences sur les autres droits, obligations et responsabilités des États et des particuliers en vertu du droit international, y compris du droit international humanitaire et du droit international relatif aux droits de l’homme et en particulier, lorsqu’ils s’appliquent, de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés ainsi que du principe de non-refoulement qui y est énoncé.

(Voir également le par. 14(1) du *Protocole sur la traite des personnes*.)

[54] La *LIPR* a vu le jour peu après l’adoption du régime de *Palermo*, et le Canada a joué un rôle actif dans la rédaction de celui-ci, ce qui donne à penser qu’au moment où il a adopté l’al. 37(1)(b), le législateur avait à l’esprit ces instruments. Les procès-verbaux des travaux parlementaires viennent étayer cette inférence. Comme l’affirmait la sous-ministre adjointe lorsqu’elle a décrit l’art. 37 devant le Comité permanent de la citoyenneté et de l’immigration de la Chambre des communes :

L’article 37 porte sur la criminalité organisée. Je vous réfère à l’alinéa 37(1)(b), qui est nouveau. Il définit ainsi la criminalité organisée :

b) se livrer, dans le cadre de la criminalité transnationale, à des activités telles le passage de clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité.

Voilà donc de nouvelles dispositions concernant l’interdiction de territoire qui visent précisément cette forme de criminalité organisée.

(*Témoignages*, n° 3, 1^{re} sess., 37^e lég., 13 mars 2001 (en ligne), à 10 h 40)

[55] En mentionnant expressément les trois activités que sont a) le passage de clandestins, b) le trafic de personnes et c) le recyclage des produits de la criminalité, l’al. 37(1)(b) renvoie sans contredit à

protocols. Money laundering is addressed in the *Palermo Convention* itself, while its protocols target the other two activities.

[56] In summary, it is clear that s. 37(1)(b) must be read against the backdrop of Canada's commitment to combatting criminal activity related to people smuggling.

(c) *The Refugee Convention*

[57] Article 31(1) of the *Refugee Convention* provides:

1. The Contracting States shall not impose penalties, on account of their illegal entry or presence, on refugees who, coming directly from a territory where their life or freedom was threatened in the sense of article 1, enter or are present in their territory without authorization, provided they present themselves without delay to the authorities and show good cause for their illegal entry or presence.

The import of this prohibition for domestic admissibility provisions is clear. As A. T. Gallagher and F. David put it, “an individual cannot be denied refugee status — or, most important, the opportunity to make a claim for such status through fair assessment procedures — solely because of the way in which that person sought or secured entry into the country of destination”: *The International Law of Migrant Smuggling* (2014), at p. 165. Obstructed or delayed access to the refugee process is a “penalty” within the meaning of art. 31(1) of the *Refugee Convention*: *ibid.*, at pp. 163-64.

[58] It is undisputable that just as s. 37(1)(b) must be read against the backdrop of Canada's international commitments to combat organized criminal people smuggling and related activities, it must also be read in a way that is consistent with the *Refugee Convention*.

la *Convention de Palerme* et aux deux protocoles qui l'accompagnent. Le recyclage des produits de la criminalité est traité dans la *Convention de Palerme* elle-même tandis que ses deux protocoles s'attaquent aux deux autres activités.

[56] En résumé, il est clair que l'al. 37(1)b) doit être interprété à la lumière de l'engagement du Canada à combattre les activités criminelles liées au passage de clandestins.

c) *La Convention relative aux réfugiés*

[57] Le paragraphe 31(1) de la *Convention relative aux réfugiés* est ainsi rédigé :

1. Les États Contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irréguliers, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée au sens prévu par l'article premier, entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulières.

L'importance que revêt cette interdiction pour les dispositions nationales relatives à l'admissibilité est claire. Comme le font remarquer A. T. Gallagher et F. David : [TRADUCTION] « Une personne ne peut être privée de la qualité de réfugié — ou, plus important encore, de la possibilité de revendiquer cette qualité par la voie de procédures d'examen équitables — uniquement en raison de la manière dont cette personne a cherché à obtenir ou obtenu l'entrée dans le pays de destination » : *The International Law of Migrant Smuggling* (2014), p. 165. Le fait d'entraver ou de retarder l'accès à la procédure d'asile constitue une « sanction pénale » au sens du par. 31(1) de la *Convention relative aux réfugiés* : *ibid.*, p. 163-164.

[58] Il est incontestable que, si l'al. 37(1)b) doit être interprété à la lumière de l'engagement international du Canada à lutter contre le passage criminel organisé de clandestins et les activités connexes, il doit l'être aussi conformément à la *Convention relative aux réfugiés*.

[59] Having introduced the relevant international instruments, I now turn to what light they shed on the interpretive issues arising from s. 37(1)(b) — first, whether s. 37(1)(b) requires activity directed at financial or other material benefit; and second, what conduct, more generally, is caught by s. 37(1)(b).

(d) *Financial or Other Material Benefit: Perspective From the International Instruments*

[60] The *Smuggling Protocol* defines migrant smuggling as the procurement of illegal entry “in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit”. The purpose of including financial or other material benefit as part of the definition of migrant smuggling is explained in the interpretive notes to art. 6:

The reference to “a financial or other material benefit” as an element of the offences set forth in paragraph 1 was included in order to emphasize that the intention was to include the activities of organized criminal groups acting for profit, but to exclude the activities of those who provided support to migrants for humanitarian reasons or on the basis of close family ties. It was not the intention of the protocol to criminalize the activities of family members or support groups such as religious or non-governmental organizations.

(United Nations Office on Drugs and Crime, *Travaux préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto* (2006), at p. 489)

As noted by Gallagher and David: “The relevant Interpretative Notes to the Protocol affirm that it was not the intention of the Protocol to criminalize the activities of family members or support groups such as religious or nongovernmental organizations” (p. 366). It thus “seems reasonably clear that certain benefits that may accrue from being involved in migrant smuggling, such as family

[59] Après avoir abordé les instruments internationaux pertinents, je passe maintenant à ce qu’ils nous enseignent sur les questions d’interprétation découlant de l’al. 37(1)b) : d’abord, l’al. 37(1)b) exige-t-il que l’activité vise à obtenir un avantage financier ou un autre avantage matériel? ensuite, quels actes en général sont visés par cet alinéa?

d) *Avantage financier ou autre avantage matériel : point de vue des instruments internationaux*

[60] Aux termes du *Protocole contre le trafic illicite de migrants*, le trafic illicite de migrants désigne le fait d’assurer l’entrée illégale d’une personne dans un pays « afin d’en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel ». La raison pour laquelle l’avantage financier ou autre avantage matériel fait partie de la définition de « trafic illicite de migrants » est expliquée dans les notes interprétatives de l’art. 6 :

... la référence à « un avantage financier ou autre avantage matériel » en tant qu’élément constitutif des infractions énoncées au paragraphe 1 a été introduite afin de souligner que l’intention était d’inclure les activités menées par des groupes criminels organisés pour en tirer un profit mais d’exclure les activités des personnes apportant une aide aux migrants pour des motifs humanitaires ou en raison de liens familiaux étroits. L’intention n’était pas, dans le Protocole, d’incriminer les activités de membres des familles ou de groupes de soutien tels que les organisations religieuses ou non gouvernementales.

(Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *Travaux préparatoires des négociations en vue de l’élaboration de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s’y rapportant* (2008), p. 514)

Comme le font remarquer M^{mes} Gallagher et David : [TRADUCTION] « Les notes interprétatives pertinentes du Protocole confirment que celui-ci ne visait pas à criminaliser les activités de membres des familles ou de groupes de soutien comme les organisations religieuses ou non gouvernementales » (p. 366). Donc, il « apparaît assez clair que certains avantages susceptibles de découler du trafic illicite de migrants,

reunification and safety, do not constitute ‘material benefits’: *ibid.*

[61] The *Refugee Convention* supports the same conclusion.

[62] Article 31(1) of the *Refugee Convention* prohibits states parties from penalizing refugees on account of their illegal entry. To interpret s. 37(1)(b) as omitting a financial or other benefit limitation would appear inconsistent with this rule.

[63] The respondents contend that art. 31(1) of the *Refugee Convention* refers only to criminal penalties. This interpretation runs counter to the purpose of art. 31(1) and the weight of academic commentary: J. C. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law* (2005), at pp. 409-12; Gallagher and David, at pp. 164-68; G. S. Goodwin-Gill and J. McAdam, *The Refugee in International Law* (3rd ed. 2007), at p. 266. The generally accepted view is that denying a person access to the refugee claim process on account of his illegal entry, or for aiding others to enter illegally in their collective flight to safety, is a “penalty” within the meaning of art. 31(1). The law recognizes the reality that refugees often flee in groups and work together to enter a country illegally. Article 31(1) thus does not permit a state to deny refugee protection (or refugee determination procedures) to refugees solely because they have aided others to enter illegally in an unremunerated, collective flight to safety. Rather, it targets those who assist in obtaining illegal entry for financial or other material benefit.

[64] Article 5 of the *Palermo Convention* provides further assistance in understanding the conduct targeted by s. 37(1)(b).

[65] Informed by the *Palermo Convention*, the phrase “in the context of transnational crime”, under s. 37(1)(b), of the *IRPA* captures the acts of (1)

comme la réunification des familles et la sécurité, ne constituent pas des avantages “matériels” » : *ibid.*

[61] La *Convention relative aux réfugiés* étaye la même conclusion.

[62] Le paragraphe 31(1) de la *Convention relative aux réfugiés* interdit aux États parties de sanctionner les réfugiés pour être entrés illégalement sur leur territoire. Considérer que l’al. 37(1)(b) ne se limite pas à un avantage financier ou autre semble incompatible avec cette règle.

[63] Les intimés soutiennent que le par. 31(1) de la *Convention relative aux réfugiés* ne parle que des peines en matière criminelle. Cette interprétation va à l’encontre de l’objet du par. 31(1) et de la doctrine : J. C. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law* (2005), p. 409-412; Gallagher et David, p. 164-168; G. S. Goodwin-Gill et J. McAdam, *The Refugee in International Law* (3^e éd. 2007), p. 266. On estime généralement que le fait de priver une personne de la possibilité de présenter une demande d’asile du fait qu’elle est entrée illégalement sur le territoire ou a aidé d’autres individus à y entrer illégalement alors qu’ils tentaient collectivement d’y trouver refuge constitue une « sanction pénale » au sens du par. 31(1). Le droit reconnaît que les réfugiés fuient souvent en groupes et s’entraident les uns les autres pour entrer illégalement dans un pays. Le paragraphe 31(1) ne permet donc pas à un État de refuser l’asile (ou l’accès à la procédure d’examen des demandes d’asile) aux réfugiés du seul fait qu’ils ont, sans toucher de rémunération, aidé d’autres personnes à entrer illégalement dans un pays pour y chercher collectivement refuge. Il s’attaque plutôt à ceux et celles qui, afin d’en tirer un avantage financier ou un autre avantage matériel, aident d’autres personnes à entrer illégalement au pays.

[64] L’article 5 de la *Convention de Palermo* aide également à saisir les comportements visés par l’al. 37(1)(b).

[65] Reposant sur la *Convention de Palermo*, l’expression « dans le cadre de la criminalité transnationale » que l’on trouve à l’al. 37(1)(b) de la *LIPR* vise

participating in the group's actual criminal activities with knowledge the group has a criminal aim (art. 5(1)(a)(ii)a.); (2) participating in non-criminal acts of the group, with knowledge that the acts will further the group's criminal aim (art. 5(1)(a)(ii)b.); or (3) organizing, abetting or counselling a serious crime involving the organized criminal group (art. 5(1)(b)).

[66] This supports the view that acts committed by people who are not themselves members of criminal organizations, who do not act in knowing furtherance of a criminal aim of such organizations, or who do not organize, abet or counsel serious crimes involving such organizations, do not fall within s. 37(1)(b).

(4) Harmonious Reading With the Intention of Parliament

[67] Finally, I come to the requirement that we interpret s. 37(1)(b) harmoniously with the intention of Parliament. In this case, Parliament's intention is gleaned mainly from the considerations that have already been discussed — the words of the provision, the legislative scheme and the context. The question at this point is whether there is other evidence that may point to a different intention on the part of Parliament.

[68] If Parliament, in enacting s. 37(1)(b) in 2001, intended to erase the distinction between those who act for financial or material benefit and those who act for humanitarian purposes or give mutual assistance, one might expect some sign of this in the parliamentary record. But the record reveals no evidence that Parliament sought to ignore this distinction or to target conduct unconnected to transnational organized crime. Rather, the record supports the view that Parliament understood "people smuggling" in the sense that "migrant smuggling" is used in the *Smuggling Protocol*. There is nothing in the parliamentary record suggesting that Parliament

les actes suivants : (1) participer aux activités criminelles du groupe lorsque la personne a connaissance du but criminel du groupe (div. 5(1)a)ii)a.); (2) participer à d'autres activités du groupe lorsque cette personne sait que sa participation contribuera à la réalisation du but criminel du groupe (div. 5(1)a)ii)b.); ou (3) organiser, encourager ou favoriser au moyen de conseils la commission d'une infraction grave impliquant le groupe criminel organisé (al. 5(1)b)).

[66] Cela appuie l'opinion que les actes commis par une personne qui ne fait pas partie d'une organisation criminelle, qui ne participe pas aux activités de l'organisation en sachant que sa participation contribuera à la réalisation du but criminel de l'organisation, ou qui n'organise, n'encourage ni ne favorise au moyen de conseils la perpétration d'une infraction grave impliquant l'organisation, ne sont pas visés par l'al. 37(1)b).

(4) Interprétation qui s'harmonise avec l'intention du législateur

[67] Enfin, j'en viens à l'obligation d'interpréter l'al. 37(1)b) en harmonie avec l'intention du législateur. En l'espèce, cette intention se dégage principalement des éléments qui ont déjà été examinés : le libellé de la disposition, le régime législatif et le contexte. À ce stade, il nous faut déterminer si d'autres éléments de preuve peuvent établir une intention différente de la part du législateur.

[68] Si, au moment d'adopter l'al. 37(1)b) en 2001, le législateur voulait supprimer la distinction entre ceux qui recherchent un avantage financier ou matériel et ceux qui agissent à des fins humanitaires ou s'entraident, l'on s'attendrait à en voir un indice quelconque dans les procès-verbaux des travaux parlementaires. Or, ces procès-verbaux ne comportent aucun élément de preuve indiquant que le législateur a cherché à faire abstraction de cette distinction ou à cibler des comportements qui n'ont rien à voir avec la criminalité transnationale organisée. Les procès-verbaux permettent plutôt d'affirmer que le législateur donnait au « passage de clandestins » le

sought to adopt a broader definition of people smuggling. Indeed, the Minister of the day expressly referred to the *Palermo Convention* and the *Smuggling Protocol* in her evidence on the new *IRPA* provisions before the Standing Committee on Citizenship and Immigration, without suggesting an intention to depart from the “financial or other material benefit” limitation (see *Evidence*, No. 2, 1st Sess., 37th Parl., March 1, 2001 (online), at 9:30 to 9:35).

[69] In addressing s. 117 of what became the *IRPA* (considered in *Appulonappa*) before the Standing Committee on Citizenship and Immigration, Assistant Deputy Minister Atkinson testified that the bill did not seek to impose penalties on those who helped refugees come to Canada or those who engaged in smuggling for humanitarian reasons. Discretion (it was said) was conferred on the Attorney General under s. 117(4) as a safeguard to protect from prosecution those seeking to aid refugees on humanitarian grounds: Standing Committee on Citizenship and Immigration, *Evidence*, No. 9, 1st Sess., 37th Parl., April 5, 2001 (online), at 10:50; and *Evidence*, No. 27, 1st Sess., 37th Parl., May 17, 2001 (online), at 10:35 to 10:40. While s. 37(1)(b) was not directly addressed, those statements suggest that it was not Parliament’s intent to render refugees inadmissible under s. 37(1)(b) solely for providing mutual assistance to others in the course of their own illegal entry.

[70] To adopt the interpretation of s. 37(1)(b) urged by the Ministers would lead to anomalous and unintended consequences.

[71] It is well established that Parliament should be presumed not to intend absurd results when it enacts legislation. Take, for example, the scenario proposed by B010 involving a family fleeing persecution, where the mother arranges to procure false travel

sens qu’a le « trafic illicite de migrants » dans le *Protocole contre le trafic illicite de migrants*. Rien dans ces procès-verbaux ne donne à penser que le législateur cherchait à adopter une définition plus large du passage de clandestins. En effet, la ministre de l’époque a mentionné expressément la *Convention de Palermo* et le *Protocole contre le trafic illicite de migrants* lors du témoignage qu’elle donné sur les nouvelles dispositions de la *LIPR* devant le Comité permanent de la citoyenneté et de l’immigration sans laisser croire qu’elle voulait s’écarter de la limite concernant « un avantage financier ou un autre avantage matériel » (voir *Témoignages*, n° 2, 1^{re} sess., 37^e lég., 1^{er} mars 2001 (en ligne), de 9 h 30 à 9 h 35).

[69] En parlant de l’art. 117 de ce qui est devenu la *LIPR* (examiné dans *Appulonappa*) devant le Comité permanent de la citoyenneté et de l’immigration, la sous-ministre adjointe Atkinson indiquait que le projet de loi n’avait pas pour objet de sanctionner ceux qui ont aidé des réfugiés à venir au Canada ou ceux qui se sont livrés au passage de clandestins pour des motifs humanitaires. Le paragraphe 117(4) conférait au procureur général un pouvoir discrétionnaire (disait-on) servant à mettre à l’abri des poursuites les personnes qui aidaient des réfugiés pour des motifs humanitaires : Comité permanent de la citoyenneté et de l’immigration, *Témoignages*, n° 9, 1^{re} sess., 37^e lég., 5 avril 2001 (en ligne), à 10 h 50; *Témoignages*, n° 27, 1^{re} sess., 37^e lég., 17 mai 2001 (en ligne), de 10 h 35 à 10 h 40. Bien que l’al. 37(1)(b) ne fut pas abordé directement, ces déclarations laissent entendre que le législateur n’entendait pas rendre les réfugiés interdits de territoire au titre de cette disposition du seul fait d’avoir aidé d’autres personnes au cours de leur propre entrée illégale au pays.

[70] Si l’on retenait l’interprétation de l’al. 37(1)(b) préconisée par les ministres, cela entraînerait des conséquences anormales et inattendues.

[71] Il est bien établi que le législateur doit être réputé ne pas souhaiter de résultats absurdes lorsqu’il adopte un texte de loi. Prenez, par exemple, le scénario évoqué par B010 où il est question d’une famille fuyant la persécution et dont la mère prend des

documents, the father pays for the documents, and the daughter hides the documents as they flee their home (A.F., at para. 59). Upon arrival in Canada, they promptly disclose that their travel documents were false, and claim asylum. Without a financial or material benefit component, each family member has engaged in “people smuggling” and is inadmissible under s. 37(1)(b). As B010 phrases it, “Without the financial benefit requirement, it is not possible to differentiate the ‘smuggler’ from the ‘smuggled’” (*ibid.*, at para. 60). The absurdity flows, in part, from the fact that, if each family member had procured, purchased, and concealed their own travel documents, without providing any mutual aid, it is undisputed that s. 37(1)(b) would not apply. Similarly, if a single person rather than a family arrived under the same circumstances, he or she would not be inadmissible.

(5) Conclusion on Section 37(1)(b) as Applied to These Cases

[72] The wording of s. 37(1)(b), its statutory and international contexts, and external indications of the intention of Parliament all lead to the conclusion that this provision targets procuring illegal entry in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit in the context of transnational organized crime. To justify a finding of inadmissibility against the appellants on the grounds of people smuggling under s. 37(1)(b), the Ministers must establish before the Board that the appellants are people smugglers in this sense. The appellants can escape inadmissibility under s. 37(1)(b) if they merely aided in the illegal entry of other refugees or asylum-seekers in the course of their collective flight to safety.

C. *The Defences of Duress and Necessity*

[73] B306 argues that in the event he is found to fall within s. 37(1)(b), he should be able to raise the criminal law defences of duress and necessity. The Ministers conceded that the defences are available

dispositions pour se procurer de faux titres de voyage, le père paie les titres et la fille les dissimule lorsqu’ils fuient leur foyer (m.a., par. 59). À leur arrivée au Canada, ils déclarent promptement que leurs titres de voyage sont faux, et demandent l’asile. Malgré l’absence d’un avantage financier ou matériel, chaque membre de cette famille s’est livré au « passage de clandestins » et est interdit de territoire au sens de l’al. 37(1)(b). Comme l’affirme B010, [TRA-DUCTION] « [s]ans l’exigence de l’avantage financier, il est impossible de distinguer le “passeur” du “clandestin” » (*ibid.*, par. 60). L’absurdité tient en partie au fait que, si tous les membres de la famille se sont procuré, ont acheté et ont dissimulé leurs propres titres de voyage sans s’entraider, il n’est pas contesté que l’al. 37(1)(b) ne s’appliquerait pas. De même, si une seule personne et non une famille arrive dans les mêmes circonstances, elle ne serait pas interdite de territoire.

(5) Conclusion sur l’application de l’al. 37(1)(b) aux présents pourvois

[72] Le libellé de l’al. 37(1)(b), son contexte législatif et international ainsi que les indices externes de l’intention du législateur mènent tous à la conclusion que cette disposition vise le fait d’assurer l’entrée illégale dans un pays afin d’en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel dans le cadre de la criminalité transnationale organisée. Pour justifier leur conclusion d’interdiction de territoire à l’encontre des appelants pour passage de clandestins au titre de l’al. 37(1)(b), les ministres doivent établir devant la Commission que les appelants sont des passeurs de clandestins en ce sens. Les appelants peuvent échapper à l’interdiction de territoire prévue à l’al. 37(1)(b) s’ils ont simplement aidé d’autres réfugiés ou demandeurs d’asile à entrer illégalement au pays alors qu’ils tentaient collectivement d’y trouver refuge.

C. *Les défenses de contrainte et de nécessité*

[73] B306 fait valoir que, si l’on juge qu’il tombe sous le coup de l’al. 37(1)(b), il devrait pouvoir invoquer les défenses de contrainte et de nécessité en droit criminel. Les ministres ont concédé que ces

in principle. However, I prefer not to decide the issue, in the absence of full argument on how these defences would fit into the scheme of s. 37(1)(b) as construed in these reasons. This said, I agree with the Federal Court of Appeal that there is no substance to B306's claim that the Board failed to consider B306's defences of duress and necessity.

D. *The Constitutionality of Section 37(1)(b) Under Section 7 of the Charter*

[74] The appellants argue in the alternative that s. 37(1)(b) of the *IRPA* unconstitutionally violates s. 7 of the *Charter* on the basis that s. 37(1)(b) is overbroad in catching migrants mutually aiding one another and humanitarian workers. As a result, they submit that s. 37(1)(b) is of no force or effect under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, to the extent it catches these groups. I have concluded that the appellants are entitled to a new hearing on the basis of the proper interpretation of s. 37(1)(b). Therefore, I find it unnecessary to consider the appellants' constitutional challenge.

[75] The argument is of no assistance in any event, as s. 7 of the *Charter* is not engaged at the stage of determining admissibility to Canada under s. 37(1). This Court recently held in *Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431, that a determination of exclusion from refugee protection under the *IRPA* did not engage s. 7, because "even if excluded from refugee protection, the appellant is able to apply for a stay of removal to a place if he would face death, torture or cruel and unusual treatment or punishment if removed to that place" (para. 67). It is at this subsequent pre-removal risk assessment stage of the *IRPA*'s refugee protection process that s. 7 is typically engaged. The rationale from *Febles*, which concerned determinations of "exclusion" from refugee status, applies equally to determinations of "inadmissibility" to refugee status under the *IRPA*.

moyens de défense peuvent être invoqués en principe. Je préfère cependant ne pas trancher cette question en l'absence d'un débat exhaustif sur la façon dont ces moyens de défense s'inscriraient dans le régime instauré par l'al. 37(1)(b), tel qu'interprété dans les présents motifs. Cela dit, je conviens avec la Cour d'appel fédérale qu'est sans fondement la prétention de B306 selon laquelle la Commission n'a pas tenu compte de ses défenses de contrainte et de nécessité.

D. *La constitutionnalité de l'al. 37(1)(b) au regard de l'art. 7 de la Charte*

[74] Les appelants soutiennent subsidiairement que l'al. 37(1)(b) de la *LIPR* viole de manière inconstitutionnelle l'art. 7 de la *Charte* car cet alinéa a une portée excessive du fait qu'il s'applique aux migrants qui s'entraident et aux travailleurs humanitaires. Ils prétendent donc que l'al. 37(1)(b) est inopérant suivant le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dans la mesure où il vise ces catégories de personnes. J'ai conclu que les appelants ont droit à une nouvelle audience qui tient compte de l'interprétation correcte de l'al. 37(1)(b). Par conséquent, j'estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner la contestation constitutionnelle des appelants.

[75] Quoi qu'il en soit, l'argument n'est d'aucune utilité puisque l'art. 7 de la *Charte* n'entre pas en jeu lorsque vient le temps de déterminer si un migrant est interdit de territoire au Canada selon le par. 37(1). La Cour a récemment conclu dans *Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431, que le constat d'exclusion de l'asile tiré en vertu de la *LIPR* ne déclenchait pas l'application de l'art. 7, car « même s'il est exclu du régime de protection des réfugiés, l'appelant peut demander au ministre de surseoir à une mesure de renvoi pour le lieu en cause si le renvoi à ce lieu l'expose à la mort, à la torture ou à des traitements ou peines cruels ou inusités » (par. 67). C'est à cette étape subséquente, l'examen des risques avant renvoi, du processus d'asile établi par la *LIPR* que l'art. 7 entre habituellement en jeu. Le raisonnement découlant de *Febles*, qui visait les décisions portant « exclusion » du statut de réfugié, vaut également pour les constats d'« inadmissibilité » au statut de réfugié tirés en vertu de la *LIPR*.

V. Conclusion

[76] The tools of statutory interpretation — plain and grammatical meaning of the words; statutory and international contexts; and legislative intent — all point inexorably to the conclusion that s. 37(1)(b) applies only to people who act to further illegal entry of asylum-seekers in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit in the context of transnational organized crime. I conclude that a migrant who aids in his own illegal entry or the illegal entry of other refugees or asylum-seekers in their collective flight to safety is not inadmissible under s. 37(1)(b).

[77] The appellants were found inadmissible on an erroneous interpretation of s. 37(1)(b). They are entitled to have their admissibility reconsidered on the basis of the interpretation set out in these reasons. I would therefore allow their appeals and remit their cases for reconsideration by the Board. Mr. Hernandez, who was also found inadmissible under s. 36(1)(b), did not contest that finding in these proceedings, and this judgment does not disturb the Board's determination of that matter.

[78] The appeals are allowed with costs here and in the courts below.

APPENDIX A

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27 (version in force at time)

3. (1) [Objectives — immigration] The objectives of this Act with respect to immigration are

(a) to permit Canada to pursue the maximum social, cultural and economic benefits of immigration;

(b) to enrich and strengthen the social and cultural fabric of Canadian society, while respecting the federal, bilingual and multicultural character of Canada;

V. Conclusion

[76] Les moyens d'interprétation législative — le sens clair et grammatical des mots; le contexte législatif et international; l'intention du législateur — mènent tous inexorablement à la conclusion que l'al. 37(1)b) s'applique uniquement aux personnes qui posent des gestes pour assurer l'entrée illégale de demandeurs d'asile dans un pays afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel dans le cadre de la criminalité transnationale organisée. D'après moi, le migrant qui contribue à sa propre entrée illégale au pays ou qui aide d'autres réfugiés ou demandeurs d'asile à entrer illégalement au pays alors qu'ils tentent collectivement d'y trouver refuge n'est pas interdit de territoire au sens de l'al. 37(1)b).

[77] Les appelants ont été déclarés interdits de territoire sur le fondement d'une interprétation erronée de l'al. 37(1)b). Ils ont droit à une nouvelle enquête suivant l'interprétation exposée dans les présents motifs. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir leurs pourvois et de renvoyer leurs dossiers à la Commission pour qu'elle les réexamine. Monsieur Hernandez, qui a aussi été déclaré interdit de territoire en application de l'al. 36(1)b), n'a pas contesté cette conclusion en l'espèce, et le présent jugement ne change rien à la décision rendue par la Commission à cet égard.

[78] Les pourvois sont accueillis avec dépens devant la Cour et les juridictions inférieures.

ANNEXE A

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27 (version en vigueur à l'époque)

3. (1) [Objets en matière d'immigration] En matière d'immigration, la présente loi a pour objet :

a) de permettre au Canada de retirer de l'immigration le maximum d'avantages sociaux, culturels et économiques;

b) d'enrichir et de renforcer le tissu social et culturel du Canada dans le respect de son caractère fédéral, bilingue et multiculturel;

- (b.1) to support and assist the development of minority official languages communities in Canada;
- (c) to support the development of a strong and prosperous Canadian economy, in which the benefits of immigration are shared across all regions of Canada;
- (d) to see that families are reunited in Canada;
- (e) to promote the successful integration of permanent residents into Canada, while recognizing that integration involves mutual obligations for new immigrants and Canadian society;
- (f) to support, by means of consistent standards and prompt processing, the attainment of immigration goals established by the Government of Canada in consultation with the provinces;
- (g) to facilitate the entry of visitors, students and temporary workers for purposes such as trade, commerce, tourism, international understanding and cultural, educational and scientific activities;
- (h) to protect the health and safety of Canadians and to maintain the security of Canadian society;
- (i) to promote international justice and security by fostering respect for human rights and by denying access to Canadian territory to persons who are criminals or security risks; and
- (j) to work in cooperation with the provinces to secure better recognition of the foreign credentials of permanent residents and their more rapid integration into society.
- (2) [Objectives — refugees] The objectives of this Act with respect to refugees are
- (a) to recognize that the refugee program is in the first instance about saving lives and offering protection to the displaced and persecuted;
- (b) to fulfil Canada's international legal obligations with respect to refugees and affirm Canada's commitment to international efforts to provide assistance to those in need of resettlement;
- b.1) de favoriser le développement des collectivités de langues officielles minoritaires au Canada;
- c) de favoriser le développement économique et la prospérité du Canada et de faire en sorte que toutes les régions puissent bénéficier des avantages économiques découlant de l'immigration;
- d) de veiller à la réunification des familles au Canada;
- e) de promouvoir l'intégration des résidents permanents au Canada, compte tenu du fait que cette intégration suppose des obligations pour les nouveaux arrivants et pour la société canadienne;
- f) d'atteindre, par la prise de normes uniformes et l'application d'un traitement efficace, les objectifs fixés pour l'immigration par le gouvernement fédéral après consultation des provinces;
- g) de faciliter l'entrée des visiteurs, étudiants et travailleurs temporaires qui viennent au Canada dans le cadre d'activités commerciales, touristiques, culturelles, éducatives, scientifiques ou autres, ou pour favoriser la bonne entente à l'échelle internationale;
- h) de protéger la santé des Canadiens et de garantir leur sécurité;
- i) de promouvoir, à l'échelle internationale, la justice et la sécurité par le respect des droits de la personne et l'interdiction de territoire aux personnes qui sont des criminels ou constituent un danger pour la sécurité;
- j) de veiller, de concert avec les provinces, à aider les résidents permanents à mieux faire reconnaître leurs titres de compétence et à s'intégrer plus rapidement à la société.
- (2) [Objet relatif aux réfugiés] S'agissant des réfugiés, la présente loi a pour objet :
- a) de reconnaître que le programme pour les réfugiés vise avant tout à sauver des vies et à protéger les personnes de la persécution;
- b) de remplir les obligations en droit international du Canada relatives aux réfugiés et aux personnes déplacées et d'affirmer la volonté du Canada de participer aux efforts de la communauté internationale pour venir en aide aux personnes qui doivent se réinstaller;

(c) to grant, as a fundamental expression of Canada's humanitarian ideals, fair consideration to those who come to Canada claiming persecution;

(d) to offer safe haven to persons with a well-founded fear of persecution based on race, religion, nationality, political opinion or membership in a particular social group, as well as those at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment;

(e) to establish fair and efficient procedures that will maintain the integrity of the Canadian refugee protection system, while upholding Canada's respect for the human rights and fundamental freedoms of all human beings;

(f) to support the self-sufficiency and the social and economic well-being of refugees by facilitating reunification with their family members in Canada;

(g) to protect the health and safety of Canadians and to maintain the security of Canadian society; and

(h) to promote international justice and security by denying access to Canadian territory to persons, including refugee claimants, who are security risks or serious criminals.

(3) [Application] This Act is to be construed and applied in a manner that

(a) furthers the domestic and international interests of Canada;

(b) promotes accountability and transparency by enhancing public awareness of immigration and refugee programs;

(c) facilitates cooperation between the Government of Canada, provincial governments, foreign states, international organizations and non-governmental organizations;

(d) ensures that decisions taken under this Act are consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, including its principles of equality and freedom from discrimination and of the equality of English and French as the official languages of Canada;

c) de faire bénéficier ceux qui fuient la persécution d'une procédure équitable reflétant les idéaux humanitaires du Canada;

d) d'offrir l'asile à ceux qui craignent avec raison d'être persécutés du fait de leur race, leur religion, leur nationalité, leurs opinions politiques, leur appartenance à un groupe social en particulier, ainsi qu'à ceux qui risquent la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités;

e) de mettre en place une procédure équitable et efficace qui soit respectueuse, d'une part, de l'intégrité du processus canadien d'asile et, d'autre part, des droits et des libertés fondamentales reconnus à tout être humain;

f) d'encourager l'autonomie et le bien-être socioéconomique des réfugiés en facilitant la réunification de leurs familles au Canada;

g) de protéger la santé des Canadiens et de garantir leur sécurité;

h) de promouvoir, à l'échelle internationale, la sécurité et la justice par l'interdiction du territoire aux personnes et demandeurs d'asile qui sont de grands criminels ou constituent un danger pour la sécurité.

(3) [Interprétation et mise en œuvre] L'interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet :

a) de promouvoir les intérêts du Canada sur les plans intérieur et international;

b) d'encourager la responsabilisation et la transparence par une meilleure connaissance des programmes d'immigration et de ceux pour les réfugiés;

c) de faciliter la coopération entre le gouvernement fédéral, les gouvernements provinciaux, les États étrangers, les organisations internationales et les organismes non gouvernementaux;

d) d'assurer que les décisions prises en vertu de la présente loi sont conformes à la *Charte canadienne des droits et libertés*, notamment en ce qui touche les principes, d'une part, d'égalité et de protection contre la discrimination et, d'autre part, d'égalité du français et de l'anglais à titre de langues officielles du Canada;

(e) supports the commitment of the Government of Canada to enhance the vitality of the English and French linguistic minority communities in Canada; and

(f) complies with international human rights instruments to which Canada is signatory.

11. (1) [Application before entering Canada] A foreign national must, before entering Canada, apply to an officer for a visa or for any other document required by the regulations. The visa or document may be issued if, following an examination, the officer is satisfied that the foreign national is not inadmissible and meets the requirements of this Act.

. . .

20. (1) [Obligation on entry] Every foreign national, other than a foreign national referred to in section 19, who seeks to enter or remain in Canada must establish,

(a) to become a permanent resident, that they hold the visa or other document required under the regulations and have come to Canada in order to establish permanent residence; and

(b) to become a temporary resident, that they hold the visa or other document required under the regulations and will leave Canada by the end of the period authorized for their stay.

. . .

36. (1) [Serious criminality] A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of serious criminality for

(a) having been convicted in Canada of an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years, or of an offence under an Act of Parliament for which a term of imprisonment of more than six months has been imposed;

(b) having been convicted of an offence outside Canada that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years; or

e) de soutenir l'engagement du gouvernement du Canada à favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones du Canada;

f) de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire.

11. (1) [Visa et documents] L'étranger doit, préalablement à son entrée au Canada, demander à l'agent les visa et autres documents requis par règlement. L'agent peut les délivrer sur preuve, à la suite d'un contrôle, que l'étranger n'est pas interdit de territoire et se conforme à la présente loi.

. . .

20. (1) [Obligation à l'entrée au Canada] L'étranger non visé à l'article 19 qui cherche à entrer au Canada ou à y séjourner est tenu de prouver :

a) pour devenir un résident permanent, qu'il détient les visa ou autres documents réglementaires et vient s'y établir en permanence;

b) pour devenir un résident temporaire, qu'il détient les visa ou autres documents requis par règlement et aura quitté le Canada à la fin de la période de séjour autorisée.

. . .

36. (1) [Grande criminalité] Emportent interdiction de territoire pour grande criminalité les faits suivants :

a) être déclaré coupable au Canada d'une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans ou d'une infraction à une loi fédérale pour laquelle un emprisonnement de plus de six mois est infligé;

b) être déclaré coupable, à l'extérieur du Canada, d'une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans;

(c) committing an act outside Canada that is an offence in the place where it was committed and that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years.

. . .

37. (1) [Organized criminality] A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of organized criminality for

(a) being a member of an organization that is believed on reasonable grounds to be or to have been engaged in activity that is part of a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting in concert in furtherance of the commission of an offence punishable under an Act of Parliament by way of indictment, or in furtherance of the commission of an offence outside Canada that, if committed in Canada, would constitute such an offence, or engaging in activity that is part of such a pattern; or

(b) engaging, in the context of transnational crime, in activities such as people smuggling, trafficking in persons or money laundering.

. . .

41. [Non-compliance with Act] A person is inadmissible for failing to comply with this Act

(a) in the case of a foreign national, through an act or omission which contravenes, directly or indirectly, a provision of this Act; . . .

. . .

42. [Inadmissible family member] A foreign national, other than a protected person, is inadmissible on grounds of an inadmissible family member if

(a) their accompanying family member or, in prescribed circumstances, their non-accompanying family member is inadmissible; . . .

. . .

44. (1) [Preparation of report] An officer who is of the opinion that a permanent resident or a foreign national

c) commettre, à l'extérieur du Canada, une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans.

. . .

37. (1) [Activités de criminalité organisée] Emportent interdiction de territoire pour criminalité organisée les faits suivants :

a) être membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre ou s'est livrée à des activités faisant partie d'un plan d'activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d'une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation ou de la perpétration, hors du Canada, d'une infraction qui, commise au Canada, constituerait une telle infraction, ou se livrer à des activités faisant partie d'un tel plan;

b) se livrer, dans le cadre de la criminalité transnationale, à des activités telles le passage de clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité.

. . .

41. [Manquement à la loi] S'agissant de l'étranger, emportent interdiction de territoire pour manquement à la présente loi tout fait — acte ou omission — commis directement ou indirectement en contravention avec la présente loi . . .

42. [Inadmissibilité familiale] Emportent, sauf pour le résident permanent ou une personne protégée, interdiction de territoire pour inadmissibilité familiale les faits suivants :

a) l'interdiction de territoire frappant tout membre de sa famille qui l'accompagne ou qui, dans les cas réglementaires, ne l'accompagne pas;

. . .

44. (1) [Rapport d'interdiction de territoire] S'il estime que le résident permanent ou l'étranger qui se

who is in Canada is inadmissible may prepare a report setting out the relevant facts, which report shall be transmitted to the Minister.

(2) [Referral or removal order] If the Minister is of the opinion that the report is well-founded, the Minister may refer the report to the Immigration Division for an admissibility hearing, except in the case of a permanent resident who is inadmissible solely on the grounds that they have failed to comply with the residency obligation under section 28 and except, in the circumstances prescribed by the regulations, in the case of a foreign national. In those cases, the Minister may make a removal order.

(3) [Conditions] An officer or the Immigration Division may impose any conditions, including the payment of a deposit or the posting of a guarantee for compliance with the conditions, that the officer or the Division considers necessary on a permanent resident or a foreign national who is the subject of a report, an admissibility hearing or, being in Canada, a removal order.

Claim for Refugee Protection

99. (1) [Claim] A claim for refugee protection may be made in or outside Canada.

(2) [Claim outside Canada] A claim for refugee protection made by a person outside Canada must be made by making an application for a visa as a Convention refugee or a person in similar circumstances, and is governed by Part 1.

(3) [Claim inside Canada] A claim for refugee protection made by a person inside Canada must be made to an officer, may not be made by a person who is subject to a removal order, and is governed by this Part.

PRE-REMOVAL RISK ASSESSMENT

Protection

112. (1) [Application for protection] A person in Canada, other than a person referred to in subsection 115(1), may, in accordance with the regulations, apply to the Minister for protection if they are subject to a removal order that is in force or are named in a certificate described in subsection 77(1).

(2) [Exception] Despite subsection (1), a person may not apply for protection if

trouve au Canada est interdit de territoire, l'agent peut établir un rapport circonstancié, qu'il transmet au ministre.

(2) [Suivi] S'il estime le rapport bien fondé, le ministre peut déférer l'affaire à la Section de l'immigration pour enquête, sauf s'il s'agit d'un résident permanent interdit de territoire pour le seul motif qu'il n'a pas respecté l'obligation de résidence ou, dans les circonstances visées par les règlements, d'un étranger; il peut alors prendre une mesure de renvoi.

(3) [Conditions] L'agent ou la Section de l'immigration peut imposer les conditions qu'il estime nécessaires, notamment la remise d'une garantie d'exécution, au résident permanent ou à l'étranger qui fait l'objet d'un rapport ou d'une enquête ou, étant au Canada, d'une mesure de renvoi.

Demande d'asile

99. (1) [Demande] La demande d'asile peut être faite à l'étranger ou au Canada.

(2) [Demande faite à l'étranger] Celle de la personne se trouvant hors du Canada se fait par une demande de visa comme réfugié ou de personne en situation semblable et est régie par la partie 1.

(3) [Demande faite au Canada] Celle de la personne se trouvant au Canada se fait à l'agent et est régie par la présente partie; toutefois la personne visée par une mesure de renvoi n'est pas admise à la faire.

EXAMEN DES RISQUES AVANT RENVOI

Protection

112. (1) [Demande de protection] La personne se trouvant au Canada et qui n'est pas visée au paragraphe 115(1) peut, conformément aux règlements, demander la protection au ministre si elle est visée par une mesure de renvoi ayant pris effet ou nommée au certificat visé au paragraphe 77(1).

(2) [Exception] Elle n'est pas admise à demander la protection dans les cas suivants :

- (a) they are the subject of an authority to proceed issued under section 15 of the *Extradition Act*;
- (b) they have made a claim to refugee protection that has been determined under paragraph 101(1)(e) to be ineligible;
- (c) in the case of a person who has not left Canada since the application for protection was rejected, the prescribed period has not expired; or
- (d) in the case of a person who has left Canada since the removal order came into force, less than six months have passed since they left Canada after their claim to refugee protection was determined to be ineligible, abandoned, withdrawn or rejected, or their application for protection was rejected.
- (3) [Restriction] Refugee protection may not result from an application for protection if the person
- (a) is determined to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality;
- (b) is determined to be inadmissible on grounds of serious criminality with respect to a conviction in Canada punished by a term of imprisonment of at least two years or with respect to a conviction outside Canada for an offence that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years;
- (c) made a claim to refugee protection that was rejected on the basis of section F of Article 1 of the Refugee Convention; or
- (d) is named in a certificate referred to in subsection 77(1).
- 113.** [Consideration of application] Consideration of an application for protection shall be as follows:
- (a) an applicant whose claim to refugee protection has been rejected may present only new evidence that arose after the rejection or was not reasonably available, or that the applicant could not reasonably have been expected in the circumstances to have presented, at the time of the rejection;
- (b) a hearing may be held if the Minister, on the basis of prescribed factors, is of the opinion that a hearing is required;
- (a) elle est visée par un arrêté introductif d'instance pris au titre de l'article 15 de la *Loi sur l'extradition*;
- (b) sa demande d'asile a été jugée irrecevable au titre de l'alinéa 101(1)e);
- (c) si elle n'a pas quitté le Canada après le rejet de sa demande de protection, le délai prévu par règlement n'a pas expiré;
- (d) dans le cas contraire, six mois ne se sont pas écoulés depuis son départ consécutif soit au rejet de sa demande d'asile ou de protection, soit à un prononcé d'irrecevabilité, de désistement ou de retrait de sa demande d'asile.
- (3) [Restriction] L'asile ne peut être conféré au demandeur dans les cas suivants :
- (a) il est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou criminalité organisée;
- (b) il est interdit de territoire pour grande criminalité pour déclaration de culpabilité au Canada punie par un emprisonnement d'au moins deux ans ou pour toute déclaration de culpabilité à l'extérieur du Canada pour une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans;
- (c) il a été débouté de sa demande d'asile au titre de la section F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés;
- (d) il est nommé au certificat visé au paragraphe 77(1).
- 113.** [Examen de la demande] Il est disposé de la demande comme il suit :
- (a) le demandeur d'asile débouté ne peut présenter que des éléments de preuve survenus depuis le rejet ou qui n'étaient alors pas normalement accessibles ou, s'ils l'étaient, qu'il n'était pas raisonnable, dans les circonstances, de s'attendre à ce qu'il les ait présentés au moment du rejet;
- (b) une audience peut être tenue si le ministre l'estime requis compte tenu des facteurs réglementaires;

(c) in the case of an applicant not described in subsection 112(3), consideration shall be on the basis of sections 96 to 98;

(d) in the case of an applicant described in subsection 112(3), consideration shall be on the basis of the factors set out in section 97 and

(i) in the case of an applicant for protection who is inadmissible on grounds of serious criminality, whether they are a danger to the public in Canada, or

(ii) in the case of any other applicant, whether the application should be refused because of the nature and severity of acts committed by the applicant or because of the danger that the applicant constitutes to the security of Canada.

114. (1) [Effect of decision] A decision to allow the application for protection has

(a) in the case of an applicant not described in subsection 112(3), the effect of conferring refugee protection; and

(b) in the case of an applicant described in subsection 112(3), the effect of staying the removal order with respect to a country or place in respect of which the applicant was determined to be in need of protection.

(2) [Cancellation of stay] If the Minister is of the opinion that the circumstances surrounding a stay of the enforcement of a removal order have changed, the Minister may re-examine, in accordance with paragraph 113(d) and the regulations, the grounds on which the application was allowed and may cancel the stay.

(3) [Vacation of determination] If the Minister is of the opinion that a decision to allow an application for protection was obtained as a result of directly or indirectly misrepresenting or withholding material facts on a relevant matter, the Minister may vacate the decision.

(4) [Effect of vacation] If a decision is vacated under subsection (3), it is nullified and the application for protection is deemed to have been rejected.

PART 3

ENFORCEMENT

Human Smuggling and Trafficking

117. (1) [Organizing entry into Canada] No person shall knowingly organize, induce, aid or abet the coming

c) s'agissant du demandeur non visé au paragraphe 112(3), sur la base des articles 96 à 98;

d) s'agissant du demandeur visé au paragraphe 112(3), sur la base des éléments mentionnés à l'article 97 et, d'autre part :

(i) soit du fait que le demandeur interdit de territoire pour grande criminalité constitue un danger pour le public au Canada,

(ii) soit, dans le cas de tout autre demandeur, du fait que la demande devrait être rejetée en raison de la nature et de la gravité de ses actes passés ou du danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada.

114. (1) [Effet de la décision] La décision accordant la demande de protection a pour effet de conférer l'asile au demandeur; toutefois, elle a pour effet, s'agissant de celui visé au paragraphe 112(3), de surseoir, pour le pays ou le lieu en cause, à la mesure de renvoi le visant.

(2) [Révocation de sursis] Le ministre peut révoquer le sursis s'il estime, après examen, sur la base de l'alinéa 113d) et conformément aux règlements, des motifs qui l'ont justifié, que les circonstances l'ayant amené ont changé.

(3) [Annulation de la décision] Le ministre peut annuler la décision ayant accordé la demande de protection s'il estime qu'elle découle de présentations erronées sur un fait important quant à un objet pertinent, ou de réticence sur ce fait.

(4) [Effet de l'annulation] La décision portant annulation emporte nullité de la décision initiale et la demande de protection est réputée avoir été rejetée.

PARTIE 3

EXÉCUTION

Organisation d'entrée illégale au Canada

117. (1) [Entrée illégale] Commet une infraction qui-conque sciemment organise l'entrée au Canada d'une ou

into Canada of one or more persons who are not in possession of a visa, passport or other document required by this Act.

(2) [Penalties — fewer than 10 persons] A person who contravenes subsection (1) with respect to fewer than 10 persons is guilty of an offence and liable

(a) on conviction on indictment

(i) for a first offence, to a fine of not more than \$500,000 or to a term of imprisonment of not more than 10 years, or to both, or

(ii) for a subsequent offence, to a fine of not more than \$1,000,000 or to a term of imprisonment of not more than 14 years, or to both; and

(b) on summary conviction, to a fine of not more than \$100,000 or to a term of imprisonment of not more than two years, or to both.

(3) [Penalty — 10 persons or more] A person who contravenes subsection (1) with respect to a group of 10 persons or more is guilty of an offence and liable on conviction by way of indictment to a fine of not more than \$1,000,000 or to life imprisonment, or to both.

(4) [No proceedings without consent] No proceedings for an offence under this section may be instituted except by or with the consent of the Attorney General of Canada.

118. (1) [Offence — trafficking in persons] No person shall knowingly organize the coming into Canada of one or more persons by means of abduction, fraud, deception or use or threat of force or coercion.

(2) [Definition of “organize”] For the purpose of subsection (1), “organize”, with respect to persons, includes their recruitment or transportation and, after their entry into Canada, the receipt or harbouring of those persons.

121. (1) [Aggravating factors] The court, in determining the penalty to be imposed under subsection 117(2) or (3) or section 120, shall take into account whether

(a) bodily harm or death occurred during the commission of the offence;

plusieurs personnes non munies des documents — passeport, visa ou autre — requis par la présente loi ou incite, aide ou encourage une telle personne à entrer au Canada.

(2) [Peines] L’auteur de l’infraction visant moins de dix personnes est passible, sur déclaration de culpabilité :

a) par mise en accusation :

(i) pour une première infraction, d’une amende maximale de cinq cent mille dollars et d’un emprisonnement maximal de dix ans, ou de l’une de ces peines,

(ii) en cas de récidive, d’une amende maximale de un million de dollars et d’un emprisonnement maximal de quatorze ans, ou de l’une de ces peines,

b) par procédure sommaire, d’une amende maximale de cent mille dollars et d’un emprisonnement maximal de deux ans, ou de l’une de ces peines.

(3) [Peines] L’auteur de l’infraction visant un groupe de dix personnes et plus est passible, sur déclaration de culpabilité par mise en accusation, d’une amende maximale de un million de dollars et de l’emprisonnement à perpétuité, ou de l’une de ces peines.

(4) [Consentement du procureur général du Canada] Il n’est engagé aucune poursuite pour une infraction prévue au présent article sans le consentement du procureur général du Canada.

118. (1) [Trafic de personnes] Commet une infraction quiconque sciemment organise l’entrée au Canada d’une ou plusieurs personnes par fraude, tromperie, enlèvement ou menace ou usage de la force ou de toute autre forme de coercition.

(2) [Sens de « organisation »] Sont assimilés à l’organisation le recrutement de personnes, leur transport à destination du Canada et, après l’entrée, à l’intérieur du pays, ainsi que l’accueil et l’hébergement de celles-ci.

121. (1) [Infliction de la peine] Le tribunal tient compte, dans l’infliction de la peine visée aux paragraphes 117(2) et (3) et à l’article 120, des facteurs suivants :

a) la mort est survenue ou des blessures ont été infligées;

(b) the commission of the offence was for the benefit of, at the direction of or in association with a criminal organization;

(c) the commission of the offence was for profit, whether or not any profit was realized; and

(d) a person was subjected to humiliating or degrading treatment, including with respect to work or health conditions or sexual exploitation as a result of the commission of the offence.

(2) [Definition of “criminal organization”] For the purposes of paragraph (1)(b), “criminal organization” means an organization that is believed on reasonable grounds to be or to have been engaged in activity that is part of a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting in concert in furtherance of the commission of an offence punishable under an Act of Parliament by way of indictment or in furtherance of the commission of an offence outside Canada that, if committed in Canada, would constitute such an offence.

General Offences

124. (1) [Contravention of Act] Every person commits an offence who

(a) contravenes a provision of this Act for which a penalty is not specifically provided or fails to comply with a condition or obligation imposed under this Act;

. . .

Prosecution of Offences

133. [Deferral] A person who has claimed refugee protection, and who came to Canada directly or indirectly from the country in respect of which the claim is made, may not be charged with an offence under section 122, paragraph 124(1)(a) or section 127 of this Act or under section 57, paragraph 340(c) or section 354, 366, 368, 374 or 403 of the *Criminal Code*, in relation to the coming into Canada of the person, pending disposition of their claim for refugee protection or if refugee protection is conferred.

b) l’infraction a été commise au profit ou sous la direction d’une organisation criminelle ou en association avec elle;

c) l’infraction a été commise en vue de tirer un profit, que celui-ci ait été ou non réalisé;

d) la personne est soumise à tout traitement dégradant ou attentatoire à la dignité humaine, notamment en ce qui touche les activités professionnelles, la santé ou l’exploitation sexuelle.

(2) [Définition de « organisation criminelle »] On entend par organisation criminelle l’organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle se livre ou s’est livrée à des activités faisant partie d’un plan d’activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d’une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation ou de la perpétration, hors du Canada, d’une infraction qui, commise au Canada, constituerait une telle infraction.

Infractions générales

124. (1) [Infraction générale] Commet une infraction quiconque :

a) contrevient à une disposition de la présente loi pour laquelle aucune peine n’est spécifiquement prévue ou aux conditions ou obligations imposées sous son régime;

. . .

Règles visant les poursuites

133. [Immunité] L’auteur d’une demande d’asile ne peut, tant qu’il n’est statué sur sa demande, ni une fois que l’asile lui est conféré, être accusé d’une infraction visée à l’article 122, à l’alinéa 124(1)a) ou à l’article 127 de la présente loi et à l’article 57, à l’alinéa 340c) ou aux articles 354, 366, 368, 374 ou 403 du *Code criminel*, dès lors qu’il est arrivé directement ou indirectement au Canada du pays duquel il cherche à être protégé et à la condition que l’infraction ait été commise à l’égard de son arrivée au Canada.

Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227 (version in force at time)

6. [Permanent resident] A foreign national may not enter Canada to remain on a permanent basis without first obtaining a permanent resident visa.

Documents Required

50. (1) [Documents — permanent residents] In addition to the permanent resident visa required of a foreign national who is a member of a class referred to in subsection 70(2), a foreign national seeking to become a permanent resident must hold

(a) a passport, other than a diplomatic, official or similar passport, that was issued by the country of which the foreign national is a citizen or national;

(b) a travel document that was issued by the country of which the foreign national is a citizen or national;

(c) an identity or travel document that was issued by a country to non-national residents, refugees or stateless persons who are unable to obtain a passport or other travel document from their country of citizenship or nationality or who have no country of citizenship or nationality;

(d) a travel document that was issued by the International Committee of the Red Cross in Geneva, Switzerland, to enable and facilitate emigration;

(e) a passport or travel document that was issued by the Palestinian Authority;

(f) an exit visa that was issued by the Government of the Union of Soviet Socialist Republics to its citizens who were compelled to relinquish their Soviet nationality in order to emigrate from that country;

(g) a British National (Overseas) passport that was issued by the Government of the United Kingdom to persons born, naturalized or registered in Hong Kong; or

(h) a passport that was issued by the Government of Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China.

(2) [Exception — protected persons] Subsection (1) does not apply to a person who is a protected person

Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227 (version en vigueur à l'époque)

6. [Résident permanent] L'étranger ne peut entrer au Canada pour s'y établir en permanence que s'il a préalablement obtenu un visa de résident permanent.

Documents réglementaires

50. (1) [Documents : résidents permanents] En plus du visa de résident permanent que doit détenir l'étranger membre d'une catégorie prévue au paragraphe 70(2), l'étranger qui entend devenir résident permanent doit détenir l'un des documents suivants :

a) un passeport — autre qu'un passeport diplomatique, officiel ou de même nature — qui lui a été délivré par le pays dont il est citoyen ou ressortissant;

b) un titre de voyage délivré par le pays dont il est citoyen ou ressortissant;

c) un titre de voyage ou une pièce d'identité délivré par un pays aux résidents non-ressortissants, aux réfugiés au sens de la Convention ou aux apatrides qui sont dans l'impossibilité d'obtenir un passeport ou autre titre de voyage auprès de leur pays de citoyenneté ou de nationalité, ou qui n'ont pas de pays de citoyenneté ou de nationalité;

d) un titre de voyage délivré par le Comité international de la Croix-Rouge à Genève (Suisse) pour permettre et faciliter l'émigration;

e) un passeport ou un titre de voyage délivré par l'Autorité palestinienne;

f) un visa de sortie délivré par le gouvernement de l'Union des républiques socialistes soviétiques à ses citoyens obligés de renoncer à leur nationalité afin d'émigrer de ce pays;

g) un passeport intitulé « *British National (Overseas) Passport* », délivré par le gouvernement du Royaume-Uni aux personnes nées, naturalisées ou enregistrées à Hong Kong;

h) un passeport délivré par les autorités de la zone administrative spéciale de Hong Kong de la République populaire de Chine.

(2) [Exception : personne protégée] Le paragraphe (1) ne s'applique pas à la personne protégée au sens du

within the meaning of subsection 95(2) of the Act and holds a permanent resident visa when it is not possible for the person to obtain a passport or an identity or travel document referred to in subsection (1).

228. (1) [Subsection 44(2) of the Act — foreign nationals] For the purposes of subsection 44(2) of the Act, and subject to subsections (3) and (4), if a report in respect of a foreign national does not include any grounds of inadmissibility other than those set out in the following circumstances, the report shall not be referred to the Immigration Division and any removal order made shall be

(a) if the foreign national is inadmissible under paragraph 36(1)(a) or (2)(a) of the Act on grounds of serious criminality or criminality, a deportation order;

(b) if the foreign national is inadmissible under paragraph 40(1)(c) of the Act on grounds of misrepresentation, a deportation order;

(c) if the foreign national is inadmissible under section 41 of the Act on grounds of

(i) failing to appear for further examination or an admissibility hearing under Part 1 of the Act, an exclusion order,

(ii) failing to obtain the authorization of an officer required by subsection 52(1) of the Act, a deportation order,

(iii) failing to establish that they hold the visa or other document as required under section 20 of the Act, an exclusion order,

(iv) failing to leave Canada by the end of the period authorized for their stay as required by subsection 29(2) of the Act, an exclusion order, or

(v) failing to comply with subsection 29(2) of the Act to comply with any condition set out in section 184, an exclusion order; and

(d) if the foreign national is inadmissible under section 42 of the Act on grounds of an inadmissible family member, the same removal order as was made in respect of the inadmissible family member.

(2) [Subsection 44(2) of the Act — permanent residents] For the purposes of subsection 44(2) of the Act, if a removal order is made against a permanent resident

paragraphe 95(2) de la Loi qui est titulaire d'un visa de résident permanent dans les cas où il lui est impossible d'obtenir un passeport, une pièce d'identité ou un titre de voyage visé au paragraphe (1).

228. (1) [Application du paragraphe 44(2) de la Loi : étrangers] Pour l'application du paragraphe 44(2) de la Loi, mais sous réserve des paragraphes (3) et (4), dans le cas où elle ne comporte pas de motif d'interdiction de territoire autre que ceux prévus dans l'une des circonstances ci-après, l'affaire n'est pas déferée à la Section de l'immigration et la mesure de renvoi à prendre est celle indiquée en regard du motif en cause :

a) en cas d'interdiction de territoire de l'étranger pour grande criminalité ou criminalité au titre des alinéas 36(1)a) ou (2)a) de la Loi, l'expulsion;

b) en cas d'interdiction de territoire de l'étranger pour fausses déclarations au titre de l'alinéa 40(1)c) de la Loi, l'expulsion;

c) en cas d'interdiction de territoire de l'étranger au titre de l'article 41 de la Loi pour manquement à :

(i) l'obligation prévue à la partie 1 de la Loi de se présenter au contrôle complémentaire ou à l'enquête, l'exclusion,

(ii) l'obligation d'obtenir l'autorisation de l'agent aux termes du paragraphe 52(1) de la Loi, l'expulsion,

(iii) l'obligation prévue à l'article 20 de la Loi de prouver qu'il détient les visa et autres documents réglementaires, l'exclusion,

(iv) l'obligation prévue au paragraphe 29(2) de la Loi de quitter le Canada à la fin de la période de séjour autorisée, l'exclusion,

(v) l'obligation prévue au paragraphe 29(2) de la Loi de se conformer aux conditions imposées à l'article 184, l'exclusion;

d) en cas d'interdiction de territoire de l'étranger pour inadmissibilité familiale aux termes de l'article 42 de la Loi, la même mesure de renvoi que celle prise à l'égard du membre de la famille interdit de territoire.

(2) [Application du paragraphe 44(2) de la Loi : résident permanent] Pour l'application du paragraphe 44(2) de la Loi, si le résident permanent manque à l'obligation

who fails to comply with the residency obligation under section 28 of the Act, the order shall be a departure order.

(3) [Eligible claim for refugee protection] If a claim for refugee protection is made and the claim has been determined to be eligible to be referred to the Refugee Protection Division or no determination has been made, a departure order is the applicable removal order in the circumstances set out in any of subparagraphs (1)(c)(i) and (iii) to (v).

(4) [Reports in respect of certain foreign nationals] For the purposes of subsection (1), a report in respect of a foreign national does not include a report in respect of a foreign national who

(a) is under 18 years of age and not accompanied by a parent or an adult legally responsible for them; or

(b) is unable, in the opinion of the Minister, to appreciate the nature of the proceedings and is not accompanied by a parent or an adult legally responsible for them.

APPENDIX B

Convention relating to the Status of Refugees, 189 U.N.T.S. 150

Article 31

REFUGEES UNLAWFULLY IN THE COUNTRY OF REFUGEE

1. The Contracting States shall not impose penalties, on account of their illegal entry or presence, on refugees who, coming directly from a territory where their life or freedom was threatened in the sense of article 1, enter or are present in their territory without authorization, provided they present themselves without delay to the authorities and show good cause for their illegal entry or presence.

. . .

Article 33

PROHIBITION OF EXPULSION OR RETURN ("REFOULEMENT")

1. No Contracting State shall expel or return ("refouler") a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of

de résidence prévue à l'article 28 de la Loi, la mesure de renvoi qui peut être prise à son égard est l'interdiction de séjour.

(3) [Demande d'asile recevable] Dans le cas d'une demande d'asile jugée recevable ou à l'égard de laquelle il n'a pas été statué sur la recevabilité, la mesure de renvoi à prendre dans les circonstances prévues aux sous-alinéas (1)c)(i), (iii), (iv) ou (v) est l'interdiction de séjour.

(4) [Affaire à l'égard de certains étrangers] Pour l'application du paragraphe (1), l'affaire ne vise pas l'affaire à l'égard d'un étranger qui :

a) soit est âgé de moins de dix-huit ans et n'est pas accompagné par un parent ou un adulte qui en est légalement responsable;

b) soit n'est pas, selon le ministre, en mesure de comprendre la nature de la procédure et n'est pas accompagné par un parent ou un adulte qui en est légalement responsable.

ANNEXE B

Convention relative au statut des réfugiés, 189 R.T.N.U. 150

Article 31

RÉFUGIÉS EN SITUATION IRRÉGULIÈRE DANS LE PAYS D'ACCUEIL

1. Les États Contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irréguliers, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée au sens prévu par l'article premier, entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulières.

. . .

Article 33

DÉFENSE D'EXPULSION ET DE REFOULEMENT

1. Aucun des États Contractants n'expulsera ou ne renverra, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur

territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.

2. The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country.

United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2225 U.N.T.S. 209

Article 1. Statement of purpose

The purpose of this Convention is to promote cooperation to prevent and combat transnational organized crime more effectively.

Article 2. Use of terms

For the purposes of this Convention:

(a) “Organized criminal group” shall mean a structured group of three or more persons, existing for a period of time and acting in concert with the aim of committing one or more serious crimes or offences established in accordance with this Convention, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit;

. . .

Article 3. Scope of application

1. This Convention shall apply, except as otherwise stated herein, to the prevention, investigation and prosecution of:

(a) The offences established in accordance with articles 5, 6, 8 and 23 of this Convention; and

(b) Serious crime as defined in article 2 of this Convention;

where the offence is transnational in nature and involves an organized criminal group.

2. For the purpose of paragraph 1 of this article, an offence is transnational in nature if:

les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.

2. Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu’il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l’objet d’une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays.

Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, 2225 R.T.N.U. 209

Article premier. Objet

L’objet de la présente Convention est de promouvoir la coopération afin de prévenir et de combattre plus efficacement la criminalité transnationale organisée.

Article 2. Terminologie

Aux fins de la présente Convention :

a) L’expression « groupe criminel organisé » désigne un groupe structuré de trois personnes ou plus existant depuis un certain temps et agissant de concert dans le but de commettre une ou plusieurs infractions graves ou infractions établies conformément à la présente Convention, pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel;

. . .

Article 3. Champ d’application

1. La présente Convention s’applique, sauf disposition contraire, à la prévention, aux enquêtes et aux poursuites concernant :

a) Les infractions établies conformément aux articles 5, 6, 8 et 23 de la présente Convention; et

b) Les infractions graves telles que définies à l’article 2 de la présente Convention;

lorsque ces infractions sont de nature transnationale et qu’un groupe criminel organisé y est impliqué.

2. Aux fins du paragraphe 1 du présent article, une infraction est de nature transnationale si :

- (a) It is committed in more than one State;
- (b) It is committed in one State but a substantial part of its preparation, planning, direction or control takes place in another State;
- (c) It is committed in one State but involves an organized criminal group that engages in criminal activities in more than one State; or
- (d) It is committed in one State but has substantial effects in another State.

Article 5. Criminalization of participation in an organized criminal group

1. Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally:

(a) Either or both of the following as criminal offences distinct from those involving the attempt or completion of the criminal activity:

(i) Agreeing with one or more other persons to commit a serious crime for a purpose relating directly or indirectly to the obtaining of a financial or other material benefit and, where required by domestic law, involving an act undertaken by one of the participants in furtherance of the agreement or involving an organized criminal group;

(ii) Conduct by a person who, with knowledge of either the aim and general criminal activity of an organized criminal group or its intention to commit the crimes in question, takes an active part in:

- a. Criminal activities of the organized criminal group;
- b. Other activities of the organized criminal group in the knowledge that his or her participation will contribute to the achievement of the above-described criminal aim;

(b) Organizing, directing, aiding, abetting, facilitating or counselling the commission of serious crime involving an organized criminal group.

- a) Elle est commise dans plus d'un État;
- b) Elle est commise dans un État mais qu'une partie substantielle de sa préparation, de sa planification, de sa conduite ou de son contrôle a lieu dans un autre État;
- c) Elle est commise dans un État mais implique un groupe criminel organisé qui se livre à des activités criminelles dans plus d'un État; ou
- d) Elle est commise dans un État mais a des effets substantiels dans un autre État.

Article 5. Incrimination de la participation à un groupe criminel organisé

1. Chaque État Partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque commis intentionnellement :

a) À l'un ou l'autre des actes suivants ou aux deux, en tant qu'infractions pénales distinctes de celles impliquant une tentative d'activité criminelle ou sa consommation :

i) Au fait de s'entendre avec une ou plusieurs personnes en vue de commettre une infraction grave à une fin liée directement ou indirectement à l'obtention d'un avantage financier ou autre avantage matériel et, lorsque le droit interne l'exige, impliquant un acte commis par un des participants en vertu de cette entente ou impliquant un groupe criminel organisé;

ii) À la participation active d'une personne ayant connaissance soit du but et de l'activité criminelle générale d'un groupe criminel organisé soit de son intention de commettre les infractions en question :

- a. Aux activités criminelles du groupe criminel organisé;
- b. À d'autres activités du groupe criminel organisé lorsque cette personne sait que sa participation contribuera à la réalisation du but criminel susmentionné;

b) Au fait d'organiser, de diriger, de faciliter, d'encourager ou de favoriser au moyen d'une aide ou de conseils la commission d'une infraction grave impliquant un groupe criminel organisé.

Article 34. Implementation of the Convention

1. Each State Party shall take the necessary measures, including legislative and administrative measures, in accordance with fundamental principles of its domestic law, to ensure the implementation of its obligations under this Convention.

2. The offences established in accordance with articles 5, 6, 8 and 23 of this Convention shall be established in the domestic law of each State Party independently of the transnational nature or the involvement of an organized criminal group as described in article 3, paragraph 1, of this Convention, except to the extent that article 5 of this Convention would require the involvement of an organized criminal group.

3. Each State Party may adopt more strict or severe measures than those provided for by this Convention for preventing and combating transnational organized crime.

Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2241 U.N.T.S. 480

Article 2. Statement of purpose

The purpose of this Protocol is to prevent and combat the smuggling of migrants, as well as to promote cooperation among States Parties to that end, while protecting the rights of smuggled migrants.

Article 3. Use of terms

For the purposes of this Protocol:

(a) “Smuggling of migrants” shall mean the procurement, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a State Party of which the person is not a national or a permanent resident;

Article 34. Application de la Convention

1. Chaque État Partie prend les mesures nécessaires, y compris législatives et administratives, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, pour assurer l’exécution de ses obligations en vertu de la présente Convention.

2. Les infractions établies conformément aux articles 5, 6, 8 et 23 de la présente Convention sont établies dans le droit interne de chaque État Partie indépendamment de leur nature transnationale ou de l’implication d’un groupe criminel organisé comme énoncé au paragraphe 1 de l’article 3 de la présente Convention, sauf dans la mesure où, conformément à l’article 5 de la présente Convention, serait requise l’implication d’un groupe criminel organisé.

3. Chaque État Partie peut adopter des mesures plus strictes ou plus sévères que celles qui sont prévues par la présente Convention afin de prévenir et de combattre la criminalité transnationale organisée.

Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, 2241 R.T.N.U. 480

Article 2. Objet

Le présent Protocole a pour objet de prévenir et combattre le trafic illicite de migrants, ainsi que de promouvoir la coopération entre les États Parties à cette fin, tout en protégeant les droits des migrants objet d’un tel trafic.

Article 3. Terminologie

Aux fins du présent Protocole :

a) L’expression « trafic illicite de migrants » désigne le fait d’assurer, afin d’en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel, l’entrée illégale dans un État Partie d’une personne qui n’est ni un ressortissant ni un résident permanent de cet État;

Article 6. Criminalization

1. Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally and in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit:

- (a) The smuggling of migrants;

. . .

4. Nothing in this Protocol shall prevent a State Party from taking measures against a person whose conduct constitutes an offence under its domestic law.

Article 11. Border measures

1. Without prejudice to international commitments in relation to the free movement of people, States Parties shall strengthen, to the extent possible, such border controls as may be necessary to prevent and detect the smuggling of migrants.

. . .

5. Each State Party shall consider taking measures that permit, in accordance with its domestic law, the denial of entry or revocation of visas of persons implicated in the commission of offences established in accordance with this Protocol.

Article 19. Saving clause

1. Nothing in this Protocol shall affect the other rights, obligations and responsibilities of States and individuals under international law, including international humanitarian law and international human rights law and, in particular, where applicable, the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees and the principle of non-refoulement as contained therein.

2. The measures set forth in this Protocol shall be interpreted and applied in a way that is not discriminatory to persons on the ground that they are the object of conduct set forth in article 6 of this Protocol. The interpretation and application of those measures shall be consistent with internationally recognized principles of non-discrimination.

Article 6. Incrimination

1. Chaque État Partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque les actes ont été commis intentionnellement et pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou autre avantage matériel :

- a) Au trafic illicite de migrants;

. . .

4. Aucune disposition du présent Protocole n'empêche un État Partie de prendre des mesures contre une personne dont les actes constituent, dans son droit interne, une infraction.

Article 11. Mesures aux frontières

1. Sans préjudice des engagements internationaux relatifs à la libre circulation des personnes, les États Parties renforcent, dans la mesure du possible, les contrôles aux frontières nécessaires pour prévenir et détecter le trafic illicite de migrants.

. . .

5. Chaque État Partie envisage de prendre des mesures qui permettent, conformément à son droit interne, de refuser l'entrée de personnes impliquées dans la commission des infractions établies conformément au présent Protocole ou d'annuler leur visa.

Article 19. Clause de sauvegarde

1. Aucune disposition du présent Protocole n'a d'incidences sur les autres droits, obligations et responsabilités des États et des particuliers en vertu du droit international, y compris du droit international humanitaire et du droit international relatif aux droits de l'homme et en particulier, lorsqu'ils s'appliquent, de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés ainsi que du principe de non-refoulement qui y est énoncé.

2. Les mesures énoncées dans le présent Protocole sont interprétées et appliquées d'une façon telle que les personnes ne font pas l'objet d'une discrimination au motif qu'elles sont l'objet des actes énoncés à l'article 6 du présent Protocole. L'interprétation et l'application de ces mesures sont conformes aux principes de non-discrimination internationalement reconnus.

Appeals allowed with costs.

Solicitors for the appellant B010: Legal Services Society, Vancouver.

Solicitors for the appellants J.P. and G.J.: Waldman & Associates, Toronto.

Solicitor for the appellant B306: Raoul Boulakia, Toronto.

Solicitors for the appellant Jesus Rodriguez Hernandez: Poulton Law Office, Toronto.

Solicitor for the respondents: Attorney General of Canada, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Refugee Lawyers: University of Ottawa, Ottawa; Refugee Law Office, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Council for Refugees: Angus Grant, Toronto; Refugee Law Office, Toronto; Laura Best & Fadi Yachoua, Vancouver.

Solicitors for the intervener Amnesty International (Canadian Section, English Branch): South Ottawa Community Legal Services, Ottawa; Community Legal Services Ottawa Centre, Ottawa.

Solicitors for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights: Jackman Nazami & Associates, Toronto; University of Toronto, Toronto.

Solicitors for the intervener the United Nations High Commissioner for Refugees: Torys, Toronto; UNHCR, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Pourvois accueillis avec dépens.

Procureurs de l'appellant B010 : Legal Services Society, Vancouver.

Procureurs des appelants J.P. et G.J. : Waldman & Associates, Toronto.

Procureur de l'appelant B306 : Raoul Boulakia, Toronto.

Procureurs de l'appellant Jesus Rodriguez Hernandez : Poulton Law Office, Toronto.

Procureur des intimés : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés : Université d'Ottawa, Ottawa; Refugee Law Office, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés : Angus Grant, Toronto; Refugee Law Office, Toronto; Laura Best & Fadi Yachoua, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Amnesty International (Canadian Section, English Branch) : Services juridiques communautaires du Sud d'Ottawa, Ottawa; Services juridiques communautaires du Centre d'Ottawa, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : Jackman Nazami & Associates, Toronto; Université de Toronto, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés : Torys, Toronto; HCNUR, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Francis Anthonimuthu Appulonappa
Appellant

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

Hamalraj Handasamy *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

Jeyachandran Kanagarajah *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

Vignarajah Thevarajah *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,
Amnesty International
(Canadian Section, English Branch),
British Columbia Civil Liberties Association,
Canadian Civil Liberties Association,
Canadian Council for Refugees and
Canadian Association of
Refugee Lawyers** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. APPULONAPPA
2015 SCC 59

Francis Anthonimuthu Appulonappa
Appelant

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

Hamalraj Handasamy *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

Jeyachandran Kanagarajah *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

Vignarajah Thevarajah *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario,
Amnesty International
(Canadian Section, English Branch),
Association des libertés civiles de
la Colombie-Britannique,
Association canadienne des libertés civiles,
Conseil canadien pour les réfugiés et
Association canadienne des avocats et
avocates en droit des réfugiés** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. APPULONAPPA
2015 CSC 59

File No.: 35958.

2015: February 17; 2015: November 27.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Fundamental justice — Overbreadth — People smuggling — Migrants seeking refugee status in Canada charged with offence of organizing, inducing, aiding or abetting persons coming into Canada without valid documentation — Trial judge finding that offence provision overbroad and therefore unconstitutional because it criminalizes not only organized people smuggling, but helping close family members to come to Canada and humanitarian assistance to refugees — Whether offence provision infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — If no, what is appropriate remedy for constitutional infirmity — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 117.

Immigration — Offences — People smuggling — Migrants seeking refugee status in Canada charged with offence of organizing, inducing, aiding or abetting persons coming into Canada without valid documentation — Whether offence provision unconstitutional — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 117.

In 2009, a vessel was apprehended off the west coast of Vancouver Island, in British Columbia. Seventy-six people, among them A, H, K and T (the “migrants”) were aboard. All were Tamils from Sri Lanka. They claimed to have fled Sri Lanka because their lives were endangered. They asked for refugee status in Canada. None had the required legal documentation. The migrants are alleged to have been the point persons for a transnational for-profit operation to smuggle undocumented migrants from Southeast Asia to Canada. The majority of passengers each paid, or promised to pay, \$30,000 to \$40,000 for the voyage. The migrants are said to have been responsible for organizing the asylum-seekers in Indonesia and Thailand prior to boarding the freighter, and serving as the chief crew of the ship on the voyage to Canada — H

N° du greffe : 35958.

2015 : 17 février; 2015 : 27 novembre.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Portée excessive — Passage de clandestins — Migrants demandant l’asile au Canada accusés de l’infraction d’avoir organisé l’entrée au Canada de personnes non munies de documents valides ou d’avoir incité, aidé ou encouragé de telles personnes à entrer au Canada — Le juge du procès a conclu que la disposition créant l’infraction avait une portée excessive et était donc inconstitutionnelle parce qu’elle criminalisait non seulement le passage organisé de clandestins, mais également le fait d’aider un proche parent à entrer au Canada ainsi que le fait de fournir de l’aide humanitaire à des demandeurs d’asile — La disposition créant l’infraction viole-t-elle l’art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l’affirmative, cette violation peut-elle être justifiée au regard de l’article premier de la Charte? — Si elle ne peut l’être, quelle est la réparation convenable à l’égard de l’inconstitutionnalité? — Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27, art. 117.

Immigration — Infractions — Passage de clandestins — Migrants demandant l’asile au Canada accusés de l’infraction d’avoir organisé l’entrée au Canada de personnes non munies de documents valides ou d’avoir incité, aidé ou encouragé de telles personnes à entrer au Canada — La disposition créant l’infraction est-elle inconstitutionnelle? — Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27, art. 117.

En 2009, un navire a été intercepté au large de la côte ouest de l’île de Vancouver, en Colombie-Britannique. Ce navire avait à son bord 76 personnes, dont A, H, K et T (les « migrants »). Tous des Tamouls du Sri Lanka, ils ont affirmé avoir fui leur pays parce que leur vie était en danger. Ils ont demandé l’asile au Canada. Aucun d’eux n’était muni des documents juridiques requis. Les migrants auraient été les hommes de terrain d’une opération transnationale à but lucratif visant à faire passer des sans-papiers de l’Asie du Sud-Est au Canada. La majorité des passagers avait payé, ou promis de payer, entre 30 000 \$ et 40 000 \$ chacun pour la traversée. Les migrants auraient organisé les demandeurs d’asile en Indonésie et en Thaïlande avant leur embarquement et auraient constitué les membres d’équipage principaux du

as captain, T as chief engineer, and K and A as key crew members.

The migrants were charged under s. 117 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (“*IRPA*”), which makes it an offence to “organize, induce, aid or abet” the coming into Canada of people in contravention of the *IRPA*. Consequences of conviction could include lengthy imprisonment and disqualification from consideration as a refugee. Before their trial, the migrants challenged the constitutionality of s. 117 of the *IRPA*, on the ground that it infringes the right to life, liberty and security of the person enshrined in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The trial judge ruled the provision was unconstitutional. The Court of Appeal reversed that decision, found the provision to be constitutional and remitted the matter for trial. Section 117 as it was at the time of the alleged offences is no longer in force and the constitutionality of the current s. 117 is not before the Court.

Held: The appeals are allowed and the charges are remitted for trial. Section 117 is unconstitutional insofar as it permits prosecution for humanitarian aid to undocumented entrants, mutual assistance amongst asylum-seekers or assistance to family members.

Participating in the unauthorized entry of other people into Canada may result in prosecution and imprisonment and/or substantial fines upon conviction under s. 117 of the *IRPA*. The migrants contend that s. 117 violates s. 7 of the *Charter* because the provision catches two categories of people outside its purpose — people who assist close family members to come to Canada and humanitarians who assist those fleeing persecution to come to Canada, in each case without required documents. They say that s. 117 is therefore overbroad. They also argue that s. 117 offends the principles of fundamental justice because its impact on liberty is grossly disproportionate to the conduct it targets, because it is unconstitutionally vague, and because it perpetuates inequality.

Insofar as s. 117 permits prosecution for humanitarian aid to undocumented entrants, mutual assistance amongst

navire pendant la traversée vers le Canada — H à titre de capitaine, T à titre de chef mécanicien et K et A à titre de membres clés de l’équipage.

Les migrants ont été accusés en vertu de l’art. 117 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (« *LIPR* »), selon lequel commet une infraction quiconque « organise » l’entrée au Canada d’une personne en contravention à la *LIPR* « ou incite, aide ou encourage » une telle personne à entrer au Canada. Un verdict de culpabilité peut, entre autres conséquences, emporter une longue peine d’emprisonnement et faire obstacle à une demande d’asile. Avant leur procès, les migrants ont contesté la constitutionnalité de l’art. 117 de la *LIPR*, au motif qu’il viole le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garanti par l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge du procès a déclaré l’art. 117 inconstitutionnel. La Cour d’appel a infirmé cette décision, a déclaré que la disposition était constitutionnelle et a renvoyé l’affaire pour qu’elle soit jugée en première instance. L’article 117, tel qu’il était à l’époque des infractions en cause, n’est plus en vigueur et la Cour n’est pas saisie de la question de la constitutionnalité de l’art. 117 actuel.

Arrêt : Les pourvois sont accueillis et les accusations sont renvoyées au tribunal de première instance pour être jugées. L’article 117 est inconstitutionnel dans la mesure où il permet que soient intentées des poursuites reprochant des actes d’aide humanitaire à des sans-papiers, d’assistance mutuelle entre demandeurs d’asile ou d’aide fournie par une personne à des membres de sa famille.

Participer à l’entrée non autorisée d’autres personnes au Canada peut entraîner des poursuites en vertu de l’art. 117 de la *LIPR*, et une déclaration de culpabilité risque de se traduire par une peine d’emprisonnement, des amendes substantielles ou les deux. Les migrants font valoir que l’art. 117 viole l’art. 7 de la *Charte* parce qu’il fait entrer dans son champ d’application deux catégories de personnes qui ne sont pas visées par son objet — les personnes qui assistent des parents proches à entrer au Canada et les travailleurs humanitaires qui aident des personnes fuyant la persécution à entrer au Canada, dans les deux cas sans les documents requis. Ils affirment que l’art. 117 a donc une portée excessive. Ils affirment également que la disposition enfreint les principes de justice fondamentale parce que son effet sur la liberté est exagérément disproportionné par rapport à la conduite qu’elle sanctionne, parce qu’elle est inconstitutionnelle pour cause d’imprécision et parce qu’elle perpétue l’inégalité.

Dans la mesure où l’art. 117 permet que soient intentées des poursuites reprochant des actes d’aide humanitaire

asylum-seekers or assistance to family members, it is unconstitutional. The purpose of s. 117 is to criminalize the smuggling of people into Canada in the context of organized crime, and does not extend to permitting prosecution for simply assisting family or providing humanitarian or mutual aid to undocumented entrants to Canada. A broad punitive goal that would prosecute persons with no connection to and no furtherance of organized crime is not consistent with Parliament's purpose as evinced by the text of s. 117 read together with Canada's international commitments, s. 117's role within the *IRPA*, the *IRPA*'s objects, the history of s. 117, and the parliamentary debates.

The scope of s. 117 is overbroad and interferes with conduct that bears no connection to its objective. The overbreadth problem cannot be avoided by interpreting s. 117(1) as not permitting prosecution of persons providing humanitarian, mutual or family assistance. Such an interpretation would require the Court to ignore the ordinary meaning of the words of s. 117(1), which unambiguously make it an offence to "organize, induce, aid or abet" the undocumented entry. To adopt this interpretation would violate the rule of statutory interpretation that the meaning of the words of the provision should be read in their grammatical and ordinary sense. It would also require statements from the legislative debate record suggesting Parliament knew in advance that the provision was overbroad to be ignored.

Parliament itself understood when it enacted s. 117 that the provision's reach exceeded its purpose by catching those who provide humanitarian, mutual and family assistance to asylum-seekers coming to Canada, but argued that this overbreadth was not a problem because the Attorney General of Canada would not permit the prosecution of such people. Section 117(4), which requires the Attorney General to authorize prosecutions, does not cure the overbreadth problem created by s. 117(1). Ministerial discretion, whether conscientiously exercised or not, does not negate the fact that s. 117(1) criminalizes conduct beyond Parliament's object, and that people whom Parliament did not intend to prosecute are therefore at risk of prosecution, conviction and imprisonment. So long as the provision is on the books, and so long as it is not impossible that the Attorney General could consent to prosecute,

à des sans-papiers, d'assistance mutuelle entre demandeurs d'asile ou d'aide fournie par une personne à des membres de sa famille, il est inconstitutionnel. L'article 117 a pour objet de criminaliser le passage de clandestins au Canada lié à la criminalité organisée, et non des actes constituant simplement de l'entraide familiale, de l'assistance mutuelle entre sans-papiers qui entrent au Canada ou encore de l'aide humanitaire à de telles personnes. Un objectif punitif général qui permettrait que soient poursuivies des personnes qui sont dépourvues de lien avec le crime organisé et ne font rien pour favoriser le crime organisé est contredit par l'intention du législateur qui se dégage du libellé de l'art. 117, interprétée à la lumière des engagements internationaux du Canada, du rôle de l'art. 117 au sein de la *LIPR*, des objets de la *LIPR*, de l'historique de l'art. 117 et des débats parlementaires.

La portée de l'art. 117 est excessive et empiète sur un comportement sans lien avec son objectif. Il n'est pas possible de contourner le problème de la portée excessive en donnant au par. 117(1) une interprétation qui soustrairait de son champ d'application les personnes qui fournissent de l'aide humanitaire, s'assistent mutuellement ou aident des membres de leur famille. Une telle interprétation obligerait la Cour à faire fi du sens ordinaire des mots employés au par. 117(1), qui prévoit sans la moindre ambiguïté que commet une infraction quiconque « organise [...] ou incite, aide ou encourage » des sans-papiers à entrer au Canada. Faire droit à cette proposition contreviendrait à la règle d'interprétation des lois portant que les termes employés dans la disposition doivent être interprétés en suivant leur sens grammatical et ordinaire. Il faudrait également ne pas tenir compte des déclarations tenues lors des débats législatifs, qui tendaient à indiquer que le législateur savait que la disposition avait une portée excessive.

Le législateur savait, lorsqu'il a promulgué l'art. 117, que la portée de cette disposition excédait son objet parce qu'elle faisait entrer dans son champ d'application les personnes qui accomplissent des actes d'aide humanitaire, d'assistance mutuelle ou d'entraide familiale en faveur de demandeurs d'asile entrant au Canada. Il a affirmé que cette portée excessive ne posait aucun problème parce que le procureur général du Canada n'autoriserait pas la poursuite de ces personnes. Le paragraphe 117(4), qui exige que le procureur général autorise des poursuites, ne règle pas le problème de portée excessive que crée le par. 117(1). Le pouvoir discrétionnaire du ministre, qu'il soit exercé consciencieusement ou non, n'empêche pas que le par. 117(1) criminalise un comportement que le législateur ne visait pas, ni que des personnes que le législateur ne voulait pas poursuivre risquent d'être poursuivies,

a person who assists a family member or who provides mutual or humanitarian assistance to an asylum-seeker entering Canada faces a possibility of imprisonment.

Section 117 of the *IRPA* is overbroad and this overbreadth cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. While the objective of s. 117 is clearly pressing and substantial and some applications of s. 117 are rationally connected to the legislative object, the provision fails the minimal impairment branch of the s. 1 analysis. It follows that s. 117 is of no force or effect to the extent of its inconsistency with the *Charter*. The extent of the inconsistency that has been proven is the overbreadth of s. 117 in relation to three categories of conduct: (1) humanitarian aid to undocumented entrants, (2) mutual aid amongst asylum-seekers, and (3) assistance to family entering without the required documents. In this case, the preferable remedy is to read down s. 117 of the *IRPA*, as it was at the time of the alleged offences, as not applying to persons providing humanitarian aid to asylum-seekers or to asylum-seekers who provide each other mutual aid (including aid to family members), to bring it in conformity with the *Charter*. This remedy reconciles the former s. 117 with the requirements of the *Charter* while leaving the prohibition on human smuggling for the relevant period in place.

In view of the conclusion that s. 117 is overbroad, it is unnecessary to consider the argument that s. 117 offends s. 7 of the *Charter* by depriving persons of liberty in a manner that violates the principles of fundamental justice against gross disproportionality and vagueness.

Cases Cited

Referred to: *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *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. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864;

déclarées coupables et emprisonnées. Dans la mesure où cette disposition est encore susceptible d'application, et dans la mesure où il n'est pas impossible que le procureur général consente à intenter des poursuites, les personnes qui aident un membre de leur famille, celles qui fournissent de l'aide humanitaire à un demandeur d'asile entrant au Canada ou encore les demandeurs d'asile qui s'assistent mutuellement risquent l'emprisonnement.

L'article 117 de la *LIPR* a une portée excessive et cette portée excessive n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Bien que l'objectif de l'art. 117 soit clairement urgent et réel et qu'il existe un lien rationnel entre l'objectif poursuivi par le législateur et certaines applications de cette disposition, celle-ci ne satisfait pas au volet de l'atteinte minimale de l'analyse fondée sur l'article premier. Par conséquent, l'art. 117 est inopérant dans la mesure de son incompatibilité avec la *Charte*. L'incompatibilité qui a été démontrée concerne la portée excessive de l'art. 117 relativement à trois catégories d'actes, soit (1) l'aide humanitaire à des sans-papiers, (2) l'assistance mutuelle entre demandeurs d'asile et (3) l'aide fournie par une personne à un membre de sa famille qui entre au Canada sans être muni des documents requis. En l'espèce, il est préférable de donner à l'art. 117 de la *LIPR* — tel qu'il était libellé au moment des infractions reprochées — une interprétation atténuée qui exclut de son champ d'application les personnes qui fournissent de l'aide humanitaire à des demandeurs d'asile ou les demandeurs d'asile qui s'assistent mutuellement (y compris en aidant des membres de leur famille), en vue d'assurer la conformité de la disposition avec la *Charte*. Cette réparation permet de concilier l'ancien art. 117 avec les impératifs de la *Charte* et de conserver, pendant la période pertinente, l'interdiction applicable au passage de clandestins.

Compte tenu de la conclusion selon laquelle l'art. 117 a une portée excessive, il est inutile d'examiner l'argument voulant que l'art. 117 contrevienne à l'art. 7 de la *Charte* parce qu'il prive des personnes de leur liberté d'une manière qui viole les principes de justice fondamentale interdisant le caractère totalement disproportionné et l'imprécision.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *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. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773; *R. c. Chartrand*,

R. v. Heywood, [1994] 3 S.C.R. 761; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281; *Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783; *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Immigration Act, S.C. 1902, c. 14, s. 2.
Act to amend The Immigration Act, S.C. 1919, c. 25, s. 12(4).
Act to amend the Immigration Act and the Criminal Code in consequence thereof, R.S.C. 1985, c. 29 (4th Supp.), ss. 1, 9.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Crimes Against Humanity and War Crimes Act, S.C. 2000, c. 24.
Foreign Extraterritorial Measures Act, R.S.C. 1985, c. F-29.
Freezing Assets of Corrupt Foreign Officials Act, S.C. 2011, c. 10.
Geneva Conventions Act, R.S.C. 1985, c. G-3.
Immigration Act, R.S.C. 1906, c. 93, ss. 65, 66.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3, 37(1)(b), Part 3, 117 [am. 2012, c. 17, s. 41], 118, 121, 133.
Protecting Canada's Immigration System Act, S.C. 2012, c. 17, s. 41(1), (4).
Special Economic Measures Act, S.C. 1992, c. 17.

Treaties and Other International Instruments

Convention relating to the Status of Refugees, 189 U.N.T.S. 150, arts. 31(1), 33.
Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2241 U.N.T.S. 480, arts. 2, 3(a), 6(1), (3), (4), 19(1).
Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing

[1994] 2 R.C.S. 864; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281; *Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Lois et règlements cités

Acte modifiant l'Acte d'immigration, S.C. 1902, c. 14, art. 2.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi de l'immigration, S.R.C. 1906, c. 93, art. 65, 66.
Loi modifiant la Loi de l'Immigration, S.C. 1919, c. 25, art. 12(4).
Loi modifiant la Loi sur l'immigration et apportant des modifications corrélatives au Code criminel, L.R.C. 1985, c. 29 (4^e suppl.), art. 1, 9.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27, art. 3, 37(1b), partie 3, 117 [mod. 2012, c. 17, art. 41], 118, 121, 133.
Loi sur le blocage des biens de dirigeants étrangers corrompus, L.C. 2011, c. 10.
Loi sur les conventions de Genève, L.R.C. 1985, c. G-3.
Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, L.C. 2000, c. 24.
Loi sur les mesures économiques spéciales, L.C. 1992, c. 17.
Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères, L.R.C. 1985, c. F-29.
Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada, L.C. 2012, c. 17, art. 41(1), (4).

Traités et autres instruments internationaux

Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, 2225 R.T.N.U. 209, art. 1, 5, 34.
Convention relative au statut des réfugiés, 189 R.T.N.U. 150, art. 31(1), 33.
Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, 2237 R.T.N.U. 319.

the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2237 U.N.T.S. 319.

United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2225 U.N.T.S. 209, arts. 1, 5, 34.

Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. VII, 2nd Sess., 33rd Parl., August 12, 1987, p. 8002.

Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-84: An Act to amend the Immigration Act, 1976 and the Criminal Code in consequence thereof*, No. 9, 2nd Sess., 33rd Parl., August 25, 1987, p. 24.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration. *Evidence*, No. 27, 1st Sess., 37th Parl., May 17, 2001 (online: <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Language=E&Mode=1&Parl=37&Ses=1&DocId=1040838&File=0>), 10:35.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Neilson, Bennett and Hinkson J.J.A.), 2014 BCCA 163, 355 B.C.A.C. 98, 607 W.A.C. 98, 373 D.L.R. (4th) 1, 310 C.C.C. (3d) 193, 11 C.R. (7th) 154, 308 C.R.R. (2d) 293, 25 Imm. L.R. (4th) 1, [2014] B.C.J. No. 762 (QL), 2014 CarswellBC 1135 (WL Can.), setting aside the orders of Silverman J. and directing a new trial, 2013 BCSC 31, 358 D.L.R. (4th) 666, 275 C.R.R. (2d) 1, 99 C.R. (6th) 245, 13 Imm. L.R. (4th) 207, [2013] B.C.J. No. 35 (QL), 2013 CarswellBC 15 (WL Can.); and 2013 BCSC 198, [2013] B.C.J. No. 217 (QL), 2013 CarswellBC 299 (WL Can.). Appeals allowed and charges remitted for trial.

Fiona Begg and Maria Sokolova, for the appellant Francis Anthonimuthu Appulonappa.

Peter H. Edelmann and Jennifer Ellis, for the appellant Hamalraj Handasamy.

Micah B. Rankin and Phillip C. Rankin, for the appellant Jeyachandran Kanagarajah.

Gregory P. DelBigio, Q.C., and *Lisa Sturgess*, for the appellant Vignarajah Thevarajah.

Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, 2241 R.T.N.U. 480, art. 2, 3a), 6(1), (3), (4), 19(1).

Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration. *Témoignages*, n° 27, 1^{re} sess., 37^e lég., 17 mai 2001 (en ligne : <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Mode=1&Parl=37&Ses=1&DocId=1040838&File=0&Language=F>), 10 h 35.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VII, 2^e sess., 33^e lég., 12 août 1987, p. 8002.

Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-84 : Loi modifiant la Loi sur l'Immigration de 1976 et apportant des modifications corrélatives au Code criminel*, n° 9, 2^e sess., 33^e lég., 25 août 1987, p. 24.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Neilson, Bennett et Hinkson), 2014 BCCA 163, 355 B.C.A.C. 98, 607 W.A.C. 98, 373 D.L.R. (4th) 1, 310 C.C.C. (3d) 193, 11 C.R. (7th) 154, 308 C.R.R. (2d) 293, 25 Imm. L.R. (4th) 1, [2014] B.C.J. No. 762 (QL), 2014 CarswellBC 1135 (WL Can.), qui a annulé les ordonnances du juge Silverman et ordonné la tenue d'un nouveau procès, 2013 BCSC 31, 358 D.L.R. (4th) 666, 275 C.R.R. (2d) 1, 99 C.R. (6th) 245, 13 Imm. L.R. (4th) 207, [2013] B.C.J. No. 35 (QL), 2013 CarswellBC 15 (WL Can.); et 2013 BCSC 198, [2013] B.C.J. No. 217 (QL), 2013 CarswellBC 299 (WL Can.). Pourvois accueillis et accusations renvoyées au tribunal de première instance pour être jugées.

Fiona Begg et Maria Sokolova, pour l'appellant Francis Anthonimuthu Appulonappa.

Peter H. Edelmann et Jennifer Ellis, pour l'appellant Hamalraj Handasamy.

Micah B. Rankin et Phillip C. Rankin, pour l'appellant Jeyachandran Kanagarajah.

Gregory P. DelBigio, c.r., et *Lisa Sturgess*, pour l'appellant Vignarajah Thevarajah.

W. Paul Riley, Q.C., and Banafsheh Sokhansanj,
for the respondent.

Hart Schwartz and Padraic Ryan, for the inter-
venor the Attorney General of Ontario.

*Chantal Tie, Laïla Demirdache and Michael
Bossin*, for the intervenor Amnesty International
(Canadian Section, English Branch).

Marlys A. Edwardh and Daniel Sheppard, for the
intervenor the British Columbia Civil Liberties As-
sociation.

Andrew I. Nathanson and Gavin Cameron, for
the intervenor the Canadian Civil Liberties Associa-
tion.

*Angus Grant, Catherine Bruce, Laura Best and
Fadi Yachoua*, for the intervenor the Canadian
Council for Refugees.

*Andrew J. Brouwer, Jennifer Bond and Erin
Bobkin*, for the intervenor the Canadian Association
of Refugee Lawyers.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] On October 17, 2009, a vessel called the *Ocean Lady* was apprehended off the west coast of Vancouver Island, in British Columbia. Seventy-six people, among them the appellants, were aboard. All were Tamils from Sri Lanka. They claimed to have fled Sri Lanka because their lives were endangered in the aftermath of the civil war in that country. They asked for refugee status in Canada. None had the required legal documentation.

[2] The Crown claims that the four appellants — the captain and chief crew of the vessel — were the organizers of the venture. The Crown alleges that the majority of passengers each paid, or promised to pay, \$30,000 to \$40,000 for the voyage.

W. Paul Riley, c.r., et Banafsheh Sokhansanj,
pour l'intimée.

Hart Schwartz et Padraic Ryan, pour l'interve-
nant le procureur général de l'Ontario.

*Chantal Tie, Laïla Demirdache et Michael
Bossin*, pour l'intervenante Amnesty International
(Canadian Section, English Branch).

Marlys A. Edwardh et Daniel Sheppard, pour
l'intervenante l'Association des libertés civiles de
la Colombie-Britannique.

Andrew I. Nathanson et Gavin Cameron, pour
l'intervenante l'Association canadienne des libertés
civiles.

*Angus Grant, Catherine Bruce, Laura Best et
Fadi Yachoua*, pour l'intervenant le Conseil cana-
dien pour les réfugiés.

*Andrew J. Brouwer, Jennifer Bond et Erin
Bobkin*, pour l'intervenante l'Association cana-
dienne des avocats et avocates en droit des réfugiés.

Version française du jugement de la Cour rendu
par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] Le 17 octobre 2009, l'*Ocean Lady* a été intercepté au large de la côte ouest de l'île de Vancouver, en Colombie-Britannique, avec à son bord 76 personnes, dont les appelants. Tous des Tamouls du Sri Lanka, ils ont affirmé avoir fui leur pays parce que leur vie était en danger au lendemain de la guerre civile. Ils ont demandé l'asile au Canada. Aucun d'eux n'était muni des documents juridiques requis.

[2] Selon le ministère public, les quatre appelants — le capitaine et les principaux membres de l'équipage du bateau — avaient organisé l'affaire. Le ministère public fait valoir que la majorité des passagers avait payé, ou promis de payer, entre 30 000 \$ et 40 000 \$ chacun pour la traversée.

[3] The appellants were charged under s. 117 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (“*IRPA*”), which makes it an offence to “organize, induce, aid or abet” the coming into Canada of people in contravention of the *IRPA*. Consequences of conviction could include lengthy imprisonment and disqualification from consideration as a refugee.

[4] Before their trial, the appellants challenged the constitutionality of s. 117 of the *IRPA*, on the ground that it infringes the right to life, liberty and security of the person enshrined in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The trial judge ruled that the provision was unconstitutional because it criminalized not only organized people smuggling, but helping close family members to come to Canada and humanitarian assistance to refugees. The British Columbia Court of Appeal reversed that decision, and found the provision to be constitutional.

[5] For the reasons that follow, I conclude that, insofar as s. 117 permits prosecution for humanitarian aid to undocumented entrants, mutual assistance amongst asylum-seekers or assistance to family members, it is unconstitutional.

II. Facts and Judicial History

A. *Facts*

[6] Canadian authorities intercepted the freighter ship *Ocean Lady* offshore of Vancouver Island. They found 76 passengers aboard; all were Tamil asylum-seekers from Sri Lanka who had boarded the ship in Southeast Asia: 24 boarded the ship in Indonesia between June and August 2009, and 52 in Thailand in September 2009. None of the 76 migrants had the proper documentation to enter Canada. Most had agreed to pay a sum of between \$30,000 and \$40,000 to come to Canada. Typically, down payments of \$5,000 were exacted prior to

[3] Les appelants ont été accusés en vertu de l’art. 117 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27 (« *LIPR* »), selon lequel commet une infraction quiconque « organise » l’entrée au Canada d’une personne en contravention à la *LIPR* « ou incite, aide ou encourage » une telle personne à entrer au Canada. Un verdict de culpabilité peut, entre autres conséquences, emporter une longue peine d’emprisonnement et faire obstacle à une demande d’asile.

[4] Avant leur procès, les appelants ont contesté la constitutionnalité de l’art. 117 de la *LIPR*, au motif qu’il viole le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garanti par l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Selon le juge du procès, l’art. 117 est inconstitutionnel parce qu’il criminalise non seulement le passage organisé de clandestins, mais également le fait d’aider un proche parent à entrer au Canada ainsi que le fait de fournir de l’aide humanitaire à des demandeurs d’asile. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a infirmé cette décision, jugeant la disposition constitutionnelle.

[5] Pour les motifs qui suivent, je conclus que, dans la mesure où l’art. 117 permet que soient intentées des poursuites reprochant des actes d’aide humanitaire en faveur de sans-papiers, d’assistance mutuelle entre demandeurs d’asile ou d’aide fournie par une personne à des membres de sa famille, il est inconstitutionnel.

II. Les faits et les décisions des tribunaux inférieurs

A. *Les faits*

[6] Les autorités canadiennes ont intercepté l’*Ocean Lady*, un cargo, au large des côtes de l’île de Vancouver. Elles y ont trouvé 76 passagers; tous étaient des demandeurs d’asile tamouls du Sri Lanka qui avaient embarqué en Asie du Sud-Est : 24 en Indonésie entre juin et août 2009 et 52 en Thaïlande en septembre 2009. Aucun n’était muni des documents requis pour entrer au Canada. La plupart avaient accepté de payer entre 30 000 \$ et 40 000 \$ pour venir au Canada. Généralement, un versement initial de 5 000 \$ avait été exigé avant l’embarquement, ainsi

boarding, together with undertaking a debt of another \$25,000 to \$35,000 to be paid subsequent to arrival in Canada.

[7] The four appellants, Francis Anthonimuthu Appulonappa, Hamalraj Handasamy, Jeyachandran Kanagarajah and Vignarajah Thevarajah, are alleged to have been the point persons for a transnational for-profit operation to smuggle undocumented migrants from Southeast Asia to Canada. They are said to have been responsible for organizing the asylum-seekers in Indonesia and Thailand prior to boarding the freighter, and serving as the chief crew of the ship on the voyage to Canada — Mr. Handasamy as captain, Mr. Thevarajah as chief engineer, and Mr. Kanagarajah and Mr. Appulonappa as key crew members.

[8] The appellants were charged with the offence of “Organizing entry into Canada” found in s. 117 of the *IRPA*, which, at the relevant time, provided:

117. (1) No person shall knowingly organize, induce, aid or abet the coming into Canada of one or more persons who are not in possession of a visa, passport or other document required by this Act.

[9] The *IRPA* was amended by the *Protecting Canada’s Immigration System Act*, S.C. 2012, c. 17, ss. 41(1) and 41(4), whereby s. 117(1) was replaced by a new subsection and two subsections were added, which came into force on December 15, 2012. Section 117 as it was at the time of the alleged offences of the appellants is therefore no longer in force. The constitutionality of the current s. 117 is not before us.

B. *British Columbia Supreme Court, 2013 BCSC 31, 358 D.L.R. (4th) 666*

[10] The appellants brought an application before Silverman J. on a *voir dire* for a declaration that s. 117 of the *IRPA* is unconstitutionally overbroad. They did not contend that s. 117 is unconstitutional as it applies to the allegations against them, which are that they were part of a for-profit smuggling operation. However, they argued that s. 117 is

qu’un engagement pour le paiement d’une dette de 25 000 \$ à 35 000 \$ dont les passagers devaient s’acquitter après leur arrivée au Canada.

[7] Les quatre appelants, Francis Anthonimuthu Appulonappa, Hamalraj Handasamy, Jeyachandran Kanagarajah et Vignarajah Thevarajah, auraient été les hommes de terrain d’une opération transnationale à but lucratif visant à faire passer des sans-papiers de l’Asie du Sud-Est au Canada. Ils auraient organisé les demandeurs d’asile en Indonésie et en Thaïlande avant leur embarquement et auraient constitué les membres d’équipage principaux du navire pendant la traversée vers le Canada — M. Handasamy à titre de capitaine, M. Thevarajah à titre de chef mécanicien et MM. Kanagarajah et Appulonappa à titre de membres clés de l’équipage.

[8] Les appelants ont été accusés d’« entrée illégale » en vertu de l’art. 117 de la *LIPR*, lequel disposait, à la date pertinente :

117. (1) Commet une infraction quiconque sciemment organise l’entrée au Canada d’une ou plusieurs personnes non munies des documents — passeport, visa ou autre — requis par la présente loi ou incite, aide ou encourage une telle personne à entrer au Canada.

[9] La *LIPR* a été modifiée par la *Loi visant à protéger le système d’immigration du Canada*, L.C. 2012, c. 17, par. 41(1) et (4), en vertu desquels le par. 117(1) a été remplacé et deux autres paragraphes ont été ajoutés à cet article. Ces dispositions sont entrées en vigueur le 15 décembre 2012. L’article 117, tel qu’il était à l’époque des infractions que l’on reproche aux appelants, n’est donc plus en vigueur. La question de la constitutionnalité de l’art. 117 actuel ne nous a pas été soumise.

B. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2013 BCSC 31, 358 D.L.R. (4th) 666*

[10] Dans le cadre d’un *voir-dire*, les appelants ont demandé au juge Silverman de déclarer que l’art. 117 de la *LIPR* était inconstitutionnel en raison de sa portée excessive. Ils n’ont pas fait valoir que cette disposition était inconstitutionnelle dans la mesure où elle s’appliquait aux faits qui leur sont reprochés, à savoir qu’ils faisaient partie d’une

unconstitutional because it may lead to the conviction of humanitarian workers or family members assisting asylum-seekers for altruistic reasons. They argued that convicting people in these categories exceeds the legislative intent of s. 117 and infringes the guarantee of liberty contrary to the principle of fundamental justice against overbreadth. This violation of the liberty guarantee in s. 7 of the *Charter* was not justified under s. 1 of the *Charter*, they submitted.

[11] The Crown accepted that the purpose of s. 117 was not to convict persons helping close family members come to Canada or persons providing legitimate humanitarian aid to people coming to Canada. However, it argued that this did not render s. 117 overbroad because s. 117(4) of the *IRPA* required that the Attorney General of Canada authorize prosecution, which would allow him to screen out people in these categories.

[12] Silverman J. concluded that, as the Crown contended, the purpose of s. 117 does not extend to prosecution of genuine humanitarian aid workers or family members. Because s. 117 permits the prosecution of such persons, it violates the s. 7 guarantee of liberty in a way that is overbroad, and hence not in accord with the principles of fundamental justice. Silverman J. held that s. 117 could not be interpreted or “read down” to make it *Charter* compliant and that the prior consent to prosecution required by s. 117(4) does not save s. 117 from being unconstitutionally overbroad. Nor, in his view, was the overbreadth justified under s. 1 of the *Charter*. Silverman J. therefore declared s. 117 of the *IRPA* to be inconsistent with s. 7 of the *Charter* and hence of no force or effect under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. He ordered that the indictments of the appellants be quashed: 2013 BCSC 198.

opération de passage de clandestins à des fins lucratives. Ils ont plutôt avancé que l’art. 117 était inconstitutionnel parce qu’il pouvait entraîner la condamnation de travailleurs humanitaires ayant aidé par altruisme des demandeurs d’asile ou de personnes ayant fait de même pour des membres de leur famille. À leur avis, incriminer de telles personnes outrepassé l’intention du législateur relativement à l’art. 117 et viole la garantie de liberté en contrevenant au principe de justice fondamentale qui interdit la portée excessive. Cette atteinte à la liberté garantie par l’art. 7 de la *Charte* n’était pas, affirment-ils, justifiée au regard de l’article premier.

[11] Le ministère public a convenu que l’objet de l’art. 117 ne consistait pas à condamner des personnes qui aident des proches parents à entrer au Canada ou qui fournissent légitimement de l’aide humanitaire à des gens qui entrent au Canada. Il a cependant affirmé que l’art. 117 n’avait pas une portée excessive pour autant, étant donné que le par. 117(4) de la *LIPR* exige que le procureur général du Canada autorise les poursuites, ce qui permet d’écarter les personnes qui appartiennent à ces catégories.

[12] Le juge Silverman a conclu, comme le soutenait le ministère public, que l’objet de l’art. 117 ne s’étendait pas à la poursuite de véritables travailleurs humanitaires ou de membres d’une famille qui s’entraident. Or, puisque l’art. 117 permet que ces personnes soient poursuivies, il viole la liberté garantie par l’art. 7 d’une manière excessive et, par conséquent, contraire aux principes de justice fondamentale. Le juge Silverman a estimé qu’on ne pouvait donner à l’art. 117 une interprétation atténuée qui serait conforme à la *Charte* et que le consentement préalable du procureur général prévu au par. 117(4) et auquel toute poursuite est subordonnée n’empêchait pas l’art. 117 d’être inconstitutionnel pour cause de portée excessive. Cette portée excessive n’était pas non plus, à son avis, justifiée au regard de l’article premier de la *Charte*. Le juge Silverman a donc déclaré l’art. 117 de la *LIPR* incompatible avec l’art. 7 de la *Charte* et inopérant en vertu de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il a ordonné l’annulation des actes d’accusation formulés contre les appelants (2013 BCSC 198).

C. *British Columbia Court of Appeal, 2014 BCCA 163, 355 B.C.A.C. 98*

[13] Before the Court of Appeal, the Crown changed its submission on the purpose of s. 117 of the *IRPA*. It submitted that s. 117 was enacted to prevent all organizing or assisting of unlawful entry of others into Canada, including assistance to close family members and humanitarian assistance. This, the Crown said, was required to further Canada's goals of (1) controlling who enters its territory; (2) protecting the health, safety, and security of Canadians; (3) preserving the integrity and efficacy of Canada's lawful immigration and refugee claims regimes; and (4) promoting international justice and cooperation with other states on matters of security.

[14] The Court of Appeal accepted this revised submission as the purpose of s. 117 of the *IRPA* and on that basis held it to be constitutional. Neilson J.A. (Bennett and Hinkson J.J.A. concurring) concluded that Canadian laws criminalizing assistance to undocumented migrants have not historically allowed exceptions based on the offender's motive or other characteristics. When the provision at issue was enacted in 1988, the question of whether humanitarian workers should be exempted received attention, but Parliament, concerned about "definitional difficulties" and "loopholes", rejected creating an exception for these groups: para. 107. The purpose of s. 117 therefore aligned with its reach, and the provision was not overbroad.

[15] The court added that the s. 117(4) requirement of the Attorney General's consent to prosecute would guard against improper prosecutions on humanitarian grounds, family grounds or other grounds. If the Attorney General were to authorize prosecution of people assisting close family members or providing humanitarian assistance, the vice would not be overbreadth of s. 117(1), but the

C. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2014 BCCA 163, 355 B.C.A.C. 98*

[13] Devant la Cour d'appel, le ministère public a modifié son argument concernant l'objet de l'art. 117 de la *LIPR*. Il a fait valoir que cette disposition avait été adoptée afin d'interdire toute organisation d'entrée illégale au Canada et toute aide à l'entrée illégale au Canada, y compris l'aide humanitaire et l'assistance fournie par une personne à de proches parents, ce qui, selon le ministère public, permettait de favoriser la réalisation des objectifs suivants du Canada : (1) le droit de regard sur les entrées sur son territoire; (2) la protection de la santé des Canadiens et la garantie de leur sécurité; (3) le maintien de l'intégrité et de l'efficacité des régimes légitimes d'immigration et d'asile du Canada et (4) la promotion de la justice et de la coopération à l'échelle internationale relativement aux questions de sécurité.

[14] La Cour d'appel a accepté cet argument modifié concernant l'objet de l'art. 117 de la *LIPR* et, sur ce fondement, a conclu à la constitutionnalité de la disposition. Selon la juge Neilson (avec l'accord des juges Bennett et Hinkson), historiquement, les lois canadiennes qui ont criminalisé l'aide aux sans-papiers n'ont jamais prévu d'exception fondée sur le mobile du contrevenant ou d'autres caractéristiques. En 1988, à l'époque de l'adoption de la disposition en cause, la création d'une exception visant les travailleurs humanitaires a été envisagée, mais le législateur, soucieux [TRADUCTION] « des difficultés que présentent les définitions » et des « failles », l'a rejetée (par. 107). La cour estimait que l'objet de l'art. 117 s'accordait avec sa portée, et que cette disposition n'avait pas une portée excessive.

[15] La cour a ajouté que le consentement du procureur général exigé au par. 117(4) préalablement à une poursuite permettait d'éviter des poursuites injustifiées contre des personnes ayant agi pour des raisons d'ordre humanitaire, familial ou autre. Si le procureur général autorisait la poursuite de quiconque a aidé des parents proches ou fourni de l'aide humanitaire, le défaut serait attribuable, non

improper exercise of ministerial discretion under s. 117(4).

[16] In the result, the Court of Appeal allowed the appeal, overturned the declaration of invalidity, set aside the acquittals and remitted the matter for trial.

III. The Statutory Scheme

[17] The *IRPA* (relevant provisions set out in Appendix A) is a complex statute dealing with the entry into Canada of foreign nationals through two processes — the immigration process and the refugee protection process. We are here concerned primarily with the refugee protection process. The *IRPA* aims to establish “fair and efficient [refugee] procedures that will maintain the integrity of the Canadian refugee protection system, while upholding Canada’s respect for the human rights and fundamental freedoms of all human beings”: s. 3(2)(e). Both goals are underpinned by Canada’s adhesion to international conventions and protocols, discussed more fully below.

[18] A significant concern for the integrity of Canada’s refugee protection system is the threat posed to it by the entry to Canada of unauthorized persons outside the lawful refugee regime. As part of combating this threat, the *IRPA* contains two provisions which sanction individuals for helping others to enter Canada without the documents required by border authorities.

[19] Section 37(1)(b) of the *IRPA* renders a person inadmissible to Canada where the person has “engag[ed], in the context of transnational crime”, in people smuggling, and, in effect, prevents that person’s refugee claim from being determined on its merits. Section 117, under the marginal note “Organizing entry into Canada”, creates an offence. At the relevant time, it read:

117. (1) No person shall knowingly organize, induce, aid or abet the coming into Canada of one or more persons

pas à la portée excessive du par. 117(1), mais à l’exercice irrégulier du pouvoir discrétionnaire que le par. 117(4) accorde au ministre.

[16] En conséquence, la Cour d’appel a accueilli l’appel, infirmé la déclaration d’invalidité, annulé les acquittements et renvoyé l’affaire pour qu’elle soit jugée en première instance.

III. Le régime législatif

[17] La *LIPR* (dont les dispositions pertinentes figurent à l’annexe A) est un instrument complexe qui encadre l’entrée au Canada de ressortissants étrangers par deux filières : celle de l’immigration et celle de la protection des réfugiés. Le présent pourvoi porte principalement sur la seconde. La *LIPR* vise à mettre en place à l’intention des réfugiés « une procédure équitable et efficace qui soit respectueuse, d’une part, de l’intégrité du processus canadien d’asile et, d’autre part, des droits et des libertés fondamentales reconnus à tout être humain » (al. 3(2)e)). Ces deux objectifs reposent sur l’adhésion du Canada à des conventions et protocoles internationaux que nous examinerons davantage plus loin.

[18] Un important risque pour l’intégrité du processus canadien de protection des réfugiés est l’entrée au Canada de personnes non autorisées qui contournent ce régime légitime. Pour lutter contre une telle menace, la *LIPR* prévoit deux dispositions qui sanctionnent les personnes qui en aident d’autres à entrer au Canada sans être munies des documents requis par les autorités frontalières.

[19] L’alinéa 37(1)b) de la *LIPR* a pour effet d’interdire une personne de territoire si elle s’est livrée, « dans le cadre de la criminalité transnationale », au passage de clandestins et fait obstacle à l’examen au fond de sa demande d’asile. L’article 117, placé sous la note marginale « Entrée illégale », crée une infraction. Il était ainsi rédigé à la date pertinente :

117. (1) Commet une infraction quiconque sciemment organise l’entrée au Canada d’une ou plusieurs

who are not in possession of a visa, passport or other document required by this Act.¹

[20] Sections 117(2) and 117(3) provide penalties of imprisonment and fines. At the time of the charges at issue in this case, s. 121(1)(c) of the *IRPA* under the marginal note “Aggravating factors”, stipulated that committing the offence for profit was a fact to be considered in sentencing under s. 117.²

[21] Subsection (4) provides a screening mechanism for instituting proceedings under s. 117 — prosecutions can proceed only with the consent of the Attorney General.

[22] In summary, participating in the unauthorized entry of other people into Canada may have two consequences under the *IRPA*. First, it may result in prosecution and imprisonment and/or substantial fines upon conviction under s. 117. Second, it may render a person who engages in certain proscribed activities inadmissible to Canada under s. 37(1)(b). The first consequence — prosecution under s. 117 — is the subject of this appeal. The second consequence — inadmissibility to Canada — is the subject of the companion appeals in *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704.

IV. The Issues

[23] The *Charter* applies to foreign nationals entering Canada without the required documentation: *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177. Section 7 of the *Charter* provides:

1 The current version reads: “No person shall organize, induce, aid or abet the coming into Canada of one or more persons knowing that, or being reckless as to whether, their coming into Canada is or would be in contravention of this Act.”

2 In the current version of the *IRPA*, the content of this provision, as amended, is now contained in s. 117 itself.

personnes non munies des documents — passeport, visa ou autre — requis par la présente loi ou incite, aide ou encourage une telle personne à entrer au Canada¹.

[20] Les paragraphes 117(2) et (3) prévoient des peines d’emprisonnement et des amendes. À l’époque des accusations, aux termes de l’al. 121(1)c) de la *LIPR*, dont la note marginale indiquait « Infliction de la peine », le tribunal devait tenir compte, pour la détermination de la peine visée à l’art. 117, du fait que l’infraction avait été perpétrée en vue d’en tirer un profit².

[21] Le paragraphe 117(4) prévoit un mécanisme de filtrage : les poursuites sont subordonnées au consentement du procureur général.

[22] Bref, participer à l’entrée non autorisée d’autres personnes au Canada peut entraîner deux conséquences sous le régime de la *LIPR*. Premièrement, l’acte est susceptible de mener à des poursuites, et une déclaration de culpabilité sur le fondement de l’art. 117 risque de se traduire par une peine d’emprisonnement ou des amendes substantielles ou les deux. Deuxièmement, la personne qui se livre à certaines activités prohibées risque d’être interdite de territoire au Canada en vertu de l’al. 37(1)b). La première conséquence — les poursuites intentées en vertu de l’art. 117 — est l’objet du présent pourvoi. La deuxième conséquence — l’interdiction de territoire au Canada — est l’objet des pourvois connexes *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704.

IV. Les questions en litige

[23] La *Charte* s’applique aux ressortissants étrangers qui entrent au Canada sans documents (*Singh c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177). L’article 7 de la *Charte* dispose :

1 Le libellé de la version actuelle est le suivant : « Il est interdit à quiconque d’organiser l’entrée au Canada d’une ou de plusieurs personnes ou de les inciter, aider ou encourager à y entrer en sachant que leur entrée est ou serait en contravention avec la présente loi ou en ne se souciant pas de ce fait. »

2 Dans la version actuelle de la *LIPR*, cette disposition et ses modifications sont intégrées à l’art. 117.

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

As a penal provision with potential sentences up to life imprisonment, it is clear that s. 117 of the *IRPA* threatens liberty and hence engages s. 7 of the *Charter: Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 492.

[24] The main issue before us is whether s. 117 of the *IRPA* threatens liberty, protected by s. 7 of the *Charter*, in a manner contrary to the principles of fundamental justice. If the answer is yes, a second question arises: Is the infringement justified under s. 1 of the *Charter*? If the answer to this second question is no, a final question arises: What is the appropriate remedy for the constitutional infirmity in s. 117?

[25] The appellants contend that s. 117 violates s. 7 of the *Charter* because the provision catches two categories of people outside its purpose — people who assist close family members to come to Canada and humanitarians who assist those fleeing persecution to come to Canada, in each case without required documents. The appellants say that s. 117 is therefore overbroad, contrary to the principles of fundamental justice. They also argue that s. 117 offends the principles of fundamental justice because its impact on liberty is grossly disproportionate to the conduct it targets, because it is unconstitutionally vague, and because it perpetuates inequality.

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Comme l'art. 117 de la *LIPR* prévoit des peines pouvant aller jusqu'à l'emprisonnement à perpétuité, il constitue une menace à la liberté qui fait manifestement entrer en jeu l'art. 7 de la *Charte (Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 492).

[24] La principale question dont nous sommes saisis est de savoir si l'art. 117 de la *LIPR* menace la liberté garantie par l'art. 7 de la *Charte* d'une manière qui est contraire aux principes de justice fondamentale. Dans l'affirmative, une deuxième question se pose : cette atteinte est-elle justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*? Si la réponse à cette deuxième question est négative, une dernière question se pose : quelle est la réparation qu'il convient d'appliquer à l'égard de l'inconstitutionnalité de l'art. 117?

[25] Les appelants font valoir que l'art. 117 viole l'art. 7 de la *Charte* parce qu'il fait entrer dans son champ d'application deux catégories de personnes qui ne sont pas visées par son objet — les personnes qui assistent des parents proches à entrer au Canada et les travailleurs humanitaires qui aident des personnes fuyant la persécution à entrer au Canada, dans les deux cas sans les documents requis. Selon les appelants, l'art. 117 a donc une portée excessive, ce qui est contraire aux principes de justice fondamentale. Ils affirment également que la disposition enfreint les principes de justice fondamentale parce que son effet sur la liberté est exagérément disproportionné par rapport à la conduite qu'elle sanctionne, parce qu'elle est inconstitutionnelle pour cause d'imprécision et parce qu'elle perpétue l'inégalité.

V. Discussion

A. *Does Section 117 of the IRPA Violate Section 7 of the Charter?*

(1) Overbreadth

[26] A law is said to violate our basic values by being overbroad when “the law goes too far and interferes with some conduct that bears no connection to its objective”: *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at para. 101. As stated in *Bedford*, “[o]verbreadth allows courts to recognize that the law is rational in some cases, but that it overreaches in its effect in others”: para. 113; see also *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 85.

[27] The first step in the overbreadth inquiry is to determine the object of the impugned law. The second step is to determine whether the law deprives individuals of life, liberty or security of the person in cases that do not further that object. To the extent the law does this, it deprives people of s. 7 rights in a manner that infringes the principles of fundamental justice.

[28] The appellants argue that s. 117 is overbroad, not as it applies to the conduct alleged against them, but as it applies to other reasonably foreseeable situations. It is indeed established that a court may consider “reasonable hypotheticals” to determine whether a law is consistent with the *Charter*: see *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773.

[29] The first scenario the appellants ask us to consider is the situation of a person assisting a close family member to flee to Canada. The appellants cite as examples a mother carrying her small child, or the father of a household taking his family dependants with him aboard a boat. This scenario could also encompass cases of mutual assistance

V. Discussion

A. *L'article 117 de la LIPR enfreint-il l'art. 7 de la Charte?*

(1) La portée excessive

[26] On dira d'une loi qu'elle viole nos valeurs fondamentales du fait de sa portée excessive lorsqu'elle « va trop loin et empiète sur un comportement sans lien avec son objectif » (*Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 101). Comme la Cour l'indique dans l'arrêt *Bedford*, « [l]'application de la notion de portée excessive permet au tribunal de reconnaître qu'une disposition est rationnelle sous certains rapports, mais que sa portée est trop grande sous d'autres » (par. 113; voir également *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 85).

[27] Dans l'analyse de la portée excessive, le premier volet sert à définir l'objet de la loi attaquée. Le deuxième vise à déterminer si la loi prive une personne de son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne dans les cas où la réalisation de cet objet n'est pas favorisée. Dans la mesure où c'est le cas, la loi prive alors la personne de ses droits garantis par l'art. 7 d'une manière qui porte atteinte aux principes de justice fondamentale.

[28] Les appelants affirment que la portée de l'art. 117 est excessive, non pas dans son application à la conduite qui leur est reprochée, mais parce qu'il peut s'appliquer à d'autres situations raisonnablement prévisibles. Selon un principe bien établi, le tribunal peut tenir compte de « situations hypothétiques raisonnables » afin de déterminer si une loi est conforme à la *Charte* (voir *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773).

[29] Le premier scénario que les appelants nous demandent d'examiner est celui d'une personne qui aide un proche parent à se réfugier au Canada. Les appelants donnent l'exemple d'une mère qui porte son jeune enfant dans ses bras et celui d'un père de famille qui fait monter les personnes à sa charge avec lui à bord d'un bateau. Ce scénario pourrait

among unrelated asylum-seekers. Indeed, refugees mutually assisting one another in their collective flight to safety is not meaningfully different from family members assisting one another and, as showed by the companion case *B010*, is a reasonably foreseeable situation.

[30] The second scenario advanced by the appellants is the case of a person who, for humanitarian motives, helps people to flee from persecution. History is replete with examples of people who have aided others to flee persecution for humanitarian reasons. Sometimes the person is acting as an individual. Sometimes the person is a member of an organization devoted to helping people flee lands where they face threats and persecution. Church groups may help undocumented people find refugee protection in Canada: *House of Commons Debates*, vol. VII, 2nd Sess., 33rd Parl., August 12, 1987, at p. 8002 (Hon. Gerry Weiner, Minister of State (Immigration)). Humanitarian aid to fleeing people is not merely hypothetical; it is a past and current reality.

(a) *The Object of Section 117 of the IRPA*

[31] As discussed, overbreadth analysis turns on whether the reach of the law exceeds its object. The first step is therefore to determine the object of s. 117.

[32] The Crown argues that the purpose of s. 117 is to catch all acts that in any way assist the entry of undocumented migrants. On this interpretation, s. 117 cannot be overbroad. The appellants, by contrast, submit that the offence of “human smuggling” has a narrower purpose than the Crown asserts, making it overbroad in catching all acts of assistance.

[33] As with statutory interpretation, determining legislative purpose requires us to consider statements of legislative purpose together with the words of the provision, the legislative context, and other

s’étendre aussi aux demandeurs d’asile sans lien de parenté qui s’assistent mutuellement. En effet, la situation de demandeurs d’asile qui s’entraident au cours de leur fuite collective vers la sécurité ne diffère pas de manière significative de celle de membres d’une famille qui s’aident l’un l’autre et, comme le démontre l’arrêt connexe *B010*, c’est une situation raisonnablement prévisible.

[30] Le second scénario mis de l’avant par les appelants est celui d’une personne qui, pour des raisons d’ordre humanitaire, en aide d’autres à fuir la persécution. L’histoire regorge d’exemples de ce genre. Il arrive qu’une telle personne agisse en son nom propre. Il arrive aussi qu’elle soit membre d’une organisation qui se charge d’aider des gens à fuir des pays où ils sont exposés à des menaces et à la persécution. Il arrive que des congrégations aident des sans-papiers à obtenir l’asile au Canada (*Débats de la Chambre des communes*, vol. VII, 2^e sess., 33^e lég., 12 août 1987, p. 8002 (l’hon. Gerry Weiner, ministre d’État (Immigration))). L’aide humanitaire aux personnes qui fuient la persécution n’appartient pas à l’hypothétique; il s’agit d’une réalité tant historique que contemporaine.

a) *L’objet de l’art. 117 de la LIPR*

[31] Comme nous l’avons vu, l’analyse de la portée excessive cherche à déterminer si la portée de la loi dépasse son objet. La première étape consiste donc à circonscrire l’objet de l’art. 117.

[32] Le ministère public prétend que l’objet de l’art. 117 consiste à faire tomber sous le coup de la loi tout acte qui aide de quelque façon que ce soit des sans-papiers à entrer au Canada. Selon cette interprétation, la portée de l’art. 117 ne peut être excessive. Les appelants, en revanche, affirment que l’infraction de passage de clandestins a un objet plus restreint que celui qu’avance le ministère public, ce qui signifie que la disposition a une portée excessive du fait qu’elle criminalise tous les actes d’aide.

[33] Tout comme en matière d’interprétation législative, pour déterminer l’objet d’une loi, on doit tenir compte des énoncés faits quant à son objet, de son libellé, du contexte législatif et d’autres

relevant factors: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at pp. 268-87; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864, at pp. 879-82. Where legislation is enacted in the context of international commitments, international law may also be of assistance.

[34] For the reasons that follow, I agree with the appellants that the purpose of s. 117 is narrower than that asserted by the Crown. The text of s. 117 is admittedly broad. However, a narrow purpose emerges from (1) the international instruments to which Canada has subscribed; (2) the role of s. 117 in relation to the statute as a whole, in particular s. 37(1); (3) the *IRPA*'s statements of legislative purpose; (4) the evolution of s. 117; and (5) the parliamentary debates. Considering these indicia of purpose, it becomes evident that the true purpose of s. 117 is to combat people smuggling. The meaning of "people smuggling", a term found in s. 37(1)(b) of the *IRPA*, is the subject of the companion case *BOIO*, and excludes mere humanitarian conduct, mutual assistance or aid to family members. I conclude that s. 117 violates the *Charter* by catching these categories of conduct outside the provision's purpose.

(i) The Text of the Provision

[35] At the relevant time, the text of s. 117 read as follows:

117. (1) [Organizing entry into Canada] No person shall knowingly organize, induce, aid or abet the coming into Canada of one or more persons who are not in possession of a visa, passport or other document required by this Act.

(2) [Penalties — fewer than 10 persons] A person who contravenes subsection (1) with respect to fewer than 10 persons is guilty of an offence and liable

(a) on conviction on indictment

(i) for a first offence, to a fine of not more than \$500,000 or to a term of imprisonment of not more than 10 years, or to both, or

facteurs pertinents (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 268-287; *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864, p. 879-882). Il peut également être utile de consulter le droit international dans les cas où la loi est adoptée à la suite d'engagements internationaux.

[34] Pour les motifs qui suivent, je suis d'accord avec les appelants pour dire que l'objet de l'art. 117 est plus restreint que ne l'entend le ministère public. Certes, le libellé de l'art. 117 ratisse large. Or, on peut dégager un objet restreint des éléments suivants : (1) les instruments internationaux auxquels est partie le Canada; (2) le rôle de l'art. 117 à la lumière de la loi dans son ensemble et, plus particulièrement, du par. 37(1); (3) les énoncés quant à l'objet de la *LIPR*; (4) l'évolution de l'art. 117 et (5) les débats parlementaires. Il ressort de ces indices que l'objet véritable de l'art. 117 constitue la lutte contre le passage de clandestins. Le sens du terme « passage de clandestins », qui figure à l'al. 37(1)(b) de la *LIPR*, est le sujet de l'affaire connexe *BOIO*. Il ne vise pas de simples actes humanitaires, ni l'assistance mutuelle ou l'aide fournie par une personne à des membres de sa famille. Je conclus que l'art. 117 contrevient à la *Charte* parce qu'il fait entrer dans son champ d'application ces catégories d'actes qui outrepassent son objet.

(i) Le libellé de la disposition

[35] À l'époque pertinente, l'art. 117 était ainsi libellé :

117. (1) [Entrée illégale] Commet une infraction qui-conque sciemment organise l'entrée au Canada d'une ou plusieurs personnes non munies des documents — passeport, visa ou autre — requis par la présente loi ou incite, aide ou encourage une telle personne à entrer au Canada.

(2) [Peines] L'auteur de l'infraction visant moins de dix personnes est passible, sur déclaration de culpabilité :

a) par mise en accusation :

(i) pour une première infraction, d'une amende maximale de cinq cent mille dollars et d'un emprisonnement maximal de dix ans, ou de l'une de ces peines,

(ii) for a subsequent offence, to a fine of not more than \$1,000,000 or to a term of imprisonment of not more than 14 years, or to both; and

(b) on summary conviction, to a fine of not more than \$100,000 or to a term of imprisonment of not more than two years, or to both.

(3) [Penalty — 10 persons or more] A person who contravenes subsection (1) with respect to a group of 10 persons or more is guilty of an offence and liable on conviction by way of indictment to a fine of not more than \$1,000,000 or to life imprisonment, or to both.

(4) [No proceedings without consent] No proceedings for an offence under this section may be instituted except by or with the consent of the Attorney General of Canada.

[36] All agree that the text of s. 117(1) is broad enough to catch assistance to close family members and humanitarian assistance. It may be argued that since Parliament used these words, that is what it intended. However, the doctrine of overbreadth recognizes that sometimes “the State, in pursuing a legitimate objective, uses means which are broader than is necessary to accomplish that objective”: *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, at p. 792; *Bedford*, at para. 101; *Carter*, at para. 85. The potential for “failures of instrumental rationality”, in which a given law is not a rational means to achieve a legislative objective, requires courts to go further than the text alone, and ask whether other considerations suggest Parliament’s purpose was narrower: *Bedford*, at para. 107.

[37] Before leaving the text, it may be noted that despite the broad wording of the subsection that provides the elements of the offence (s. 117(1)), other portions of the text of s. 117 support the view that Parliament’s purpose was *not* to criminalize family or humanitarian assistance. The marginal note of s. 117, “Organizing entry into Canada”, read with the subheading “Human Smuggling and Trafficking”, while not to be accorded great weight (see Sullivan, at pp. 465-68), suggests that the provision

(ii) en cas de récidive, d’une amende maximale de un million de dollars et d’un emprisonnement maximal de quatorze ans, ou de l’une de ces peines;

b) par procédure sommaire, d’une amende maximale de cent mille dollars et d’un emprisonnement maximal de deux ans, ou de l’une de ces peines.

(3) [Peines] L’auteur de l’infraction visant un groupe de dix personnes et plus est passible, sur déclaration de culpabilité par mise en accusation, d’une amende maximale de un million de dollars et de l’emprisonnement à perpétuité, ou de l’une de ces peines.

(4) [Consentement du procureur général du Canada] Il n’est engagé aucune poursuite pour une infraction prévue au présent article sans le consentement du procureur général du Canada.

[36] Tous conviennent que le par. 117(1) est libellé en termes suffisamment larges pour s’appliquer à l’aide humanitaire ainsi qu’à l’assistance fournie par une personne à des parents proches. On pourrait faire valoir que le législateur l’entendait ainsi puisqu’il a choisi cette formulation. Or, suivant la doctrine de la portée excessive, il se peut que « dans un but légitime, l’État utilise des moyens excessifs pour atteindre cet objectif » (*R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, p. 792; *Bedford*, par. 101; *Carter*, par. 85). La possibilité d’un « manque de logique fonctionnelle », soit qu’une disposition donnée ne permette pas logiquement de réaliser l’objet de la loi, commande aux tribunaux de ne pas s’en tenir uniquement au libellé et de se demander si d’autres considérations donnent à penser que l’intention du législateur était plus restreinte (*Bedford*, par. 107).

[37] Avant de conclure mes observations concernant le libellé, je signale que, malgré les termes généraux du paragraphe qui prévoit les éléments de l’infraction (par. 117(1)), d’autres parties de l’art. 117 étayaient le point de vue selon lequel l’intention du législateur n’était *pas* de criminaliser l’entraide familiale ou l’aide humanitaire. La note marginale de l’art. 117, « Entrée illégale », envisagée à la lumière de la rubrique intitulée « Organisation d’entrée illégale au Canada », bien qu’il

is aimed at activity in connection with the smuggling of persons in the context of organized crime, as contrasted with providing humanitarian assistance or aiding close family members to enter a country without the required documents.³

[38] Sections 117(2) and 117(3) also support the view that Parliament’s intent was to catch smuggling activity in the context of organized crime, rather than humanitarian, mutual or family assistance. These subsections provide for significantly increased sanctions based on the number of persons brought in. This suggests a heightened focus on large-scale smuggling operations.

[39] Finally, the requirement in s. 117(4) that no prosecution occur without the Attorney General’s consent suggests that s. 117 was not intended to convict everyone who falls within s. 117(1)’s broad ambit, as discussed more fully below.

(ii) Canada’s International Obligations

[40] As a matter of statutory interpretation, legislation is presumed to comply with Canada’s international obligations, and courts should avoid

³ While the French subheading — “*Organisation d’entrée illégale au Canada*” — does not refer to smuggling or other criminality, it matches the marginal note of the English version, which falls underneath the subheading “Human Smuggling and Trafficking”. Accordingly, the shared meaning rule of statutory interpretation in the case of bilingual legislation (Sullivan, at pp. 118-19) dictates that the activity of organizing illegal entry is a subset of human smuggling and trafficking. The broadest potential interpretation would therefore be that it covers either of smuggling or trafficking. More plausibly, since it is undisputed that s. 118 deals with trafficking, that leaves s. 117 as the provision that concerns smuggling.

ne faille pas y accorder beaucoup de poids (voir Sullivan, p. 465-468), donne à penser que la disposition vise les activités liées au passage de clandestins dans le contexte du crime organisé, plutôt que l’aide humanitaire apportée à quelqu’un cherchant à entrer au pays sans être muni des documents requis ou l’assistance fournie par une personne dans ce but à des parents proches³.

[38] Les paragraphes 117(2) et (3) étayaient également le point de vue selon lequel le législateur entendait que la disposition s’applique au passage de clandestins dans le contexte du crime organisé, et non à des actes d’aide humanitaire, d’assistance mutuelle ou d’entraide familiale. En effet, ces dispositions prévoient des peines alourdies pour l’auteur de l’infraction qui a fait entrer au Canada plus d’un certain nombre de personnes, ce qui suggère que l’infraction qui intéressait particulièrement le législateur était le passage organisé de clandestins à grande échelle.

[39] Enfin, le fait que le par. 117(4) subordonne toute poursuite au consentement du procureur général laisse entendre que l’art. 117 n’est pas censé donner lieu à la condamnation de tous ceux à qui les termes très généraux de son par. (1) s’appliquent, ainsi que nous le verrons plus en détail.

(ii) Les obligations internationales du Canada

[40] Suivant les règles d’interprétation des lois, la loi est présumée respecter les obligations internationales du Canada, et les tribunaux devraient éviter

³ Bien que la rubrique du texte français — « *Organisation d’entrée illégale au Canada* » — ne renvoie ni au passage de clandestins ni à une autre activité criminelle, elle traduit la même notion que la note marginale de la version anglaise « *Organizing entry into Canada* », qui figure sous la rubrique « *Human Smuggling and Trafficking* ». Par conséquent, la règle d’interprétation des lois selon laquelle une loi bilingue exige la recherche du sens commun aux deux versions (Sullivan, p. 118-119) commande que l’organisation d’entrée illégale soit une composante du passage de clandestins et du trafic de personnes. L’interprétation la plus large de la disposition serait qu’elle s’applique soit au passage de clandestins, soit au trafic de personnes. Vu qu’il est acquis aux débats que l’art. 118 s’applique au trafic de personnes, l’art. 117 est vraisemblablement la disposition qui s’applique au passage de clandestins.

interpretations that would violate those obligations. Courts must also interpret legislation in a way that reflects the values and principles of customary and conventional international law: *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, at para. 53; *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281, at para. 34. Section 3 of the *IRPA* also requires that the *IRPA* be interpreted in a manner that complies with Canada's international obligations, including "international human rights instruments to which Canada is signatory": s. 3(3)(f); see also s. 3(2)(b). The relevant international instruments to which Canada has subscribed should therefore shed light on the parliamentary purpose behind s. 117 of the *IRPA*.

[41] The provisions of the *IRPA* relating to the fight against the assisting of unauthorized entry of persons to Canada respond to Canada's international commitments related to these matters in the *Convention relating to the Status of Refugees*, 189 U.N.T.S. 150 ("Refugee Convention"), the *United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, 2225 U.N.T.S. 209, the *Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, 2241 U.N.T.S. 480 ("Smuggling Protocol"), and the *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, 2237 U.N.T.S. 319.

[42] The *Refugee Convention* reflects humanitarian concerns. It provides that states must not impose penalties for illegal entry on refugees who come directly from territories in which their lives or freedom are threatened and who are present on the territory of the foreign state without authorization, "provided they present themselves without delay to the authorities and show good cause for their illegal entry or presence": art. 31(1).

les interprétations inconciliables avec celles-ci. Les tribunaux doivent également interpréter la loi d'une manière qui reflète les valeurs et les principes du droit international coutumier et conventionnel (*R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 53; *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281, par. 34). L'article 3 de la *LIPR* exige en outre que l'interprétation de cette loi ait pour effet de respecter les obligations internationales du Canada, notamment les « instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire » (al. 3(3)f); voir également l'al. 3(2)b)). Les instruments internationaux pertinents auxquels le Canada est partie devraient donc faire la lumière sur l'intention du législateur lorsqu'il a adopté l'art. 117 de la *LIPR*.

[41] Les dispositions de la *LIPR* qui concernent la lutte contre l'aide à l'entrée non autorisée au Canada font écho aux engagements internationaux que le Canada a pris à cet égard en adhérant à la *Convention relative au statut des réfugiés*, 189 R.T.N.U. 150 (« *Convention relative aux réfugiés* »), la *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, 2225 R.T.N.U. 209, le *Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, 2241 R.T.N.U. 480 (« *Protocole contre le trafic illicite* »), et le *Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants*, 2237 R.T.N.U. 319.

[42] La *Convention relative aux réfugiés* répond à des préoccupations d'ordre humanitaire. Elle précise que les États ne doivent pas appliquer de sanctions pénales, du fait de leur entrée irrégulière, aux réfugiés qui arrivent directement d'un territoire où leur vie ou leur liberté est menacée et qui se trouvent sur leur territoire sans autorisation, « sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulières » (par. 31(1)).

[43] Consistent with this, s. 133 of the *IRPA* provides that foreign nationals who enter Canada without documents cannot be charged with illegal entry or presence while their refugee claims are pending. As I explain in *B010*, art. 31(1) of the *Refugee Convention* seeks to provide immunity for genuine refugees who enter illegally in order to seek refuge. For that protection to be effective, the law must recognize that persons often seek refuge in groups and work together to enter a country illegally. To comply with art. 31(1), a state cannot impose a criminal sanction on refugees solely because they have aided others to enter illegally in their collective flight to safety.

[44] The *Smuggling Protocol* is concerned with stopping the organized crime of people smuggling. It seeks to prevent and combat the smuggling of migrants and to promote cooperation among states to this end, while protecting the rights of smuggled migrants: art. 2. Article 6(1)(a) requires signatory states to adopt measures to establish migrant smuggling as a criminal offence. The *Smuggling Protocol* includes as a minimum definition for this offence, procuring illegal entry of a person into a state of which the person is not a national or a permanent resident, “in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit”: art. 3(a). As I explain in *B010*, the *Smuggling Protocol* was not directed at family members or humanitarians: paras. 60 and 68. Furthermore, while the *Smuggling Protocol* permits subscribing states to enact national laws criminalizing migration-related offences, it includes a “saving clause” that provides that nothing in the *Smuggling Protocol* “shall affect the other rights, obligations and responsibilities of States and individuals under international law, including international humanitarian law and international human rights law”: art. 19(1). It would depart from the balance struck in the *Smuggling Protocol* to allow prosecution for mutual assistance among refugees, family support and reunification, and humanitarian aid. This suggests that the Crown’s broad interpretation of s. 117’s purpose is inconsistent with the

[43] Conformément à cette disposition de la Convention, l’art. 133 de la *LIPR* prévoit que les sans-papiers qui entrent au Canada ne peuvent, tant qu’il n’est pas statué sur leur demande d’asile, être accusés d’entrée ou de présence irrégulières. Ainsi que je l’explique dans l’arrêt *B010*, le par. 31(1) de la *Convention relative aux réfugiés* cherche à protéger les véritables réfugiés qui entrent illégalement au pays pour y demander l’asile. Pour qu’ils soient effectivement protégés, il faut que la loi reconnaisse que souvent les demandeurs d’asile se regroupent et s’entraident pour entrer illégalement dans un pays. L’État qui respecte le par. 31(1) ne peut infliger de sanctions pénales aux demandeurs d’asile simplement parce qu’ils en ont aidé d’autres à entrer illégalement dans un pays au cours de leur fuite collective vers la sécurité.

[44] Le *Protocole contre le trafic illicite* vise à mettre fin à la criminalité organisée dans le passage de clandestins. Il cherche à la prévenir et à la combattre, ainsi qu’à favoriser la coopération entre les États à cette fin, tout en protégeant les droits des migrants qui sont l’objet d’un tel trafic (art. 2). L’alinéa 6(1)a) exige que les États signataires adoptent des mesures pour conférer le caractère d’infraction pénale au trafic illicite de migrants. Le *Protocole contre le trafic illicite* prévoit minimale-ment que cette infraction consiste à assurer l’entrée illégale dans un État d’une personne qui n’est ni un ressortissant ni un résident permanent de cet État « afin d’en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel » (al. 3a)). J’explique dans l’arrêt *B010* que le *Protocole contre le trafic illicite* ne vise pas les activités de membres d’une famille ou de travailleurs humanitaires (par. 60 et 68). Par ailleurs, bien que le *Protocole contre le trafic illicite* permette aux États signataires d’adopter des lois nationales qui criminalisent les infractions liées à la migration, il prévoit une « clause de sauvegarde » selon laquelle aucune de ses dispositions « n’a incidences sur les autres droits, obligations et responsabilités des États et des particuliers en vertu du droit international, y compris du droit international humanitaire et du droit international relatif aux droits de l’homme » (par. 19(1)). En permettant que soient

Smuggling Protocol's object of protecting the rights of smuggled migrants.

[45] In dealing with conflicting statements of the legislative objects of a statute, the way forward lies in an interpretation which harmonizes obligations in the international instruments to which Canada is a party in a way that avoids conflict and gives expression to each of the various commitments. I conclude that read together in this way, Canada's international commitments support the view that the purpose of s. 117 is to permit the robust fight against people smuggling in the context of organized crime. This excludes criminalizing conduct that amounts solely to humanitarian, mutual or family aid.

(iii) The Role of Section 117 Within the IRPA

[46] Section 117 of the *IRPA* must also be read harmoniously with other provisions of the statute.

[47] Section 117 of the *IRPA* falls under Part 3 of the *IRPA*, entitled "Enforcement". Section 117 of the *IRPA* and the provisions that follow it fall under the subheading "Human Smuggling and Trafficking". Section 118 creates the offence of human trafficking, leaving s. 117, as noted, to constitute the offence of human smuggling. The only other references in the *IRPA* to smuggling or trafficking are contained in s. 37(1)(b), which renders inadmissible to Canada a person who has engaged in smuggling or trafficking in persons.

[48] As explained in *B010*, the conduct captured by s. 37(1)(b) is that which is set out in the *Smuggling Protocol*. In that context, people smuggling

intentées des poursuites visant des actes d'assistance mutuelle entre demandeurs d'asile, des actes d'entraide familiale et de réunification des familles ou encore des actes d'aide humanitaire, on romprait l'équilibre établi par le *Protocole contre le trafic illicite*. Ainsi, on peut penser que l'interprétation libérale de l'objet de l'art. 117 avancée par le ministère public est inconciliable avec l'objet du *Protocole contre le trafic illicite*, qui est de protéger les droits des migrants objet de trafic illicite.

[45] Lorsque les tribunaux doivent examiner des énoncés contradictoires quant à l'objet d'une loi, la solution consiste dans une interprétation de cette dernière qui s'harmonise avec les obligations prévues dans les instruments internationaux auxquels le Canada est partie afin d'éviter les conflits et de donner effet à chacun des différents engagements. À mon avis, il ressort des engagements internationaux du Canada, dont l'interprétation éclaire celle de la loi, que l'objet de l'art. 117 est de lutter vigoureusement contre le passage de clandestins dans le contexte de la criminalité organisée, et non de criminaliser les actes qui constituent uniquement de l'aide humanitaire, de l'assistance mutuelle ou de l'entraide familiale.

(iii) Le rôle de l'art. 117 dans la LIPR

[46] L'article 117 de la *LIPR* doit en outre s'harmoniser avec les autres dispositions de la loi.

[47] Il figure à la partie 3 de la *LIPR*, intitulée « Exécution ». L'article 117 et les dispositions suivantes paraissent sous la rubrique « Organisation d'entrée illégale au Canada ». Étant donné que l'art. 118 crée l'infraction de trafic de personnes, il s'ensuit, comme je l'ai expliqué précédemment, que l'art. 117 crée l'infraction de passage de clandestins. La seule autre mention dans la *LIPR* du passage de clandestins ou du trafic de personnes figure à l'al. 37(1)(b), lequel interdit de territoire au Canada quiconque se livre à l'une ou l'autre de ces activités.

[48] Ainsi que je l'explique dans l'arrêt *B010*, la conduite visée par l'al. 37(1)(b) est celle que prévoit le *Protocole contre le trafic illicite*. Dans ce

only occurs for “financial or other material benefit” and “in the context of transnational crime”. Reading the inadmissibility and enforcement provisions of the *IRPA* harmoniously and as part of an integrated scheme therefore supports the view that the purpose of s. 117 is to penalize organizing or abetting illegal entry to Canada through acts knowingly connected to and furthering transnational organized crimes or criminal aims, to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit. This excludes humanitarian, mutual or family assistance.

(iv) Statements of Legislative Purpose

[49] The first, “most direct and authoritative evidence” of the legislative purpose of a provision is found in statements of purpose in the legislation itself — whether at the beginning of a statute, in the section in which a provision is found, or in sections providing interpretive guidelines: Sullivan, at pp. 274-76.

[50] In *Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431, at paras. 29-30, this Court held that the *Refugee Convention* has the broad general aim of providing humanitarian refuge for those fleeing persecution while recognizing the need to protect states’ borders.

[51] As discussed in *B010*, the object provisions of the *IRPA* establish that both of these broad goals are important to the *IRPA* as well. It follows that s. 117 should be interpreted in a balanced way that respects both the security concerns as well as the humanitarian aims of the *IRPA*. An interpretation of s. 117 that catches all acts of assistance to undocumented migrants arguably allows security concerns to trump the humanitarian aims of the *IRPA*.

[52] The Crown’s view that the purpose of s. 117 is to catch all acts of assistance to undocumented

contexte, il y a passage de clandestins seulement lorsqu’« un avantage financier ou un autre avantage matériel » est obtenu « dans le cadre de la criminalité transnationale ». En interprétant les dispositions de la *LIPR* relatives à l’inadmissibilité et à l’exécution harmonieusement et en tenant compte du fait qu’elles s’inscrivent dans un régime intégré, on peut conclure que l’objet de l’art. 117 est de sanctionner quiconque organise l’entrée illégale de personnes au Canada ou les encourage à y entrer illégalement par des actes qu’il ou elle sait liés à la criminalité transnationale organisée ou dans un but criminel ou favorisant de telles activités en vue d’en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel. Ne sont pas visés les actes d’aide humanitaire, d’assistance mutuelle ou d’entraide familiale.

(iv) Les énoncés de l’objet de la loi

[49] La [TRADUCTION] « preuve la plus directe et la plus digne de foi » de l’objet d’une disposition législative se trouve dans l’énoncé même de cet objet, placé soit au début de la loi, soit dans la partie où s’insère la disposition, soit dans les parties qui fournissent des directives interprétatives (Sullivan, p. 274-276).

[50] Dans l’arrêt *Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431, par. 29-30, la Cour conclut que la *Convention relative aux réfugiés* poursuit l’objectif général d’ordre humanitaire d’accorder l’asile à ceux qui fuient la persécution, tout en reconnaissant le besoin des États de protéger leurs frontières.

[51] Comme je le précise dans l’arrêt *B010*, les dispositions énonçant les objets de la *LIPR* établissent que ces deux grands objectifs sont importants aussi dans la *LIPR*. Il s’ensuit que l’art. 117 devrait recevoir une interprétation équilibrée tenant compte tant des préoccupations liées à la sécurité que des objectifs humanitaires de la *LIPR*. Or, si l’interprétation de l’art. 117 permettait qu’il vise toute forme d’aide à des sans-papiers, les premières l’emporteraient alors sur les seconds.

[52] Le point de vue du ministère public selon lequel l’art. 117 vise toute forme d’aide apportée à

migrants relies heavily on the fact that among the purposes of the *IRPA* is to control Canada's borders to prevent migrants from entering the country illegally, for reasons of security, health and safety. To be sure, this is an important goal of the *IRPA*. It is reflected in the s. 3(2)(h) objective "to promote international justice and security by denying access to Canadian territory to persons, including refugee claimants, who are security risks or serious criminals": see also s. 3(1)(i). It is likewise evinced by the aim "to protect the health and safety of Canadians and to maintain the security of Canadian society": s. 3(2)(g); see also s. 3(1)(h).

[53] A concern with security is also reflected in the specific legislative objects of *An Act to amend the Immigration Act and the Criminal Code in consequence thereof*, R.S.C. 1985, c. 29 (4th Supp.), the statute which enacted what later became s. 117 of the *IRPA* (the "1988 amendments"):

1. The *Immigration Act* is amended by adding thereto, immediately after section 2 thereof, the following heading and section:

Purposes of Amendments

2.1 . . .

(a) to preserve for persons in genuine need of protection access to the procedures for determining refugee claims;

(b) to control widespread abuse of the procedures for determining refugee claims, particularly in light of organized incidents involving large-scale introduction of persons into Canada to take advantage of those procedures;

(c) to deter those who assist in the illegal entry of persons into Canada and thereby minimize the exploitation of and risks to persons seeking to come to Canada; and

(d) to respond to security concerns, including the fulfilment of Canada's obligations in respect of internationally protected persons.

des sans-papiers se fonde largement sur le fait que l'un des objets de la *LIPR* se rapporte au contrôle frontalier visant à empêcher l'entrée illégale de clandestins au Canada, pour des raisons de sécurité et de santé. Certes, il s'agit d'un objet important de la *LIPR*, énoncé à l'al. 3(2)h), soit de « promouvoir, à l'échelle internationale, la sécurité et la justice par l'interdiction du territoire aux personnes et demandeurs d'asile qui sont de grands criminels ou constituent un danger pour la sécurité » (voir aussi l'al. 3(1)i)). Il se trouve également dans l'objet qui consiste à « protéger la santé des Canadiens et [à] garantir leur sécurité » (al. 3(2)g); voir aussi l'al. 3(1)h).

[53] Une préoccupation en matière de sécurité ressort en outre des objets exprès de la *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et apportant des modifications corrélatives au Code criminel*, L.R.C. 1985, c. 29 (4^e suppl.), laquelle a créé la disposition qui est devenue l'art. 117 de la *LIPR* (les « modifications de 1988 ») :

1. La *Loi sur l'immigration* est modifiée par insertion, après l'article 2, de ce qui suit :

Objet des modifications

2.1 . . .

a) de préserver pour les personnes qui ont véritablement besoin de protection l'accès à la procédure de détermination des revendications du statut de réfugié;

b) de contrôler les fréquents abus de la procédure de détermination des revendications du statut de réfugié en raison notamment d'incidents délibérés impliquant l'introduction à grande échelle au Canada de personnes cherchant à se prévaloir de cette procédure;

c) de décourager ceux qui aident à l'introduction illégale de personnes au Canada afin de minimiser l'exploitation des personnes désireuses d'entrer au Canada et les risques qu'elles courent;

d) de répondre aux préoccupations en matière de sécurité et, notamment, de remplir les obligations du Canada à l'égard des personnes jouissant de la protection internationale.

[54] The same statute, however, also recognized humanitarian commitments, including a stated objective “to preserve for persons in genuine need of protection access to the procedures for determining refugee claims” and concern for “exploitation” and risks to persons wishing to come to Canada: s. 1, adding ss. 2.1(a) and 2.1(c).

[55] The *IRPA*’s general objects further illustrate the importance of its broad humanitarian aims. Section 3(2)(c) speaks of “Canada’s humanitarian ideals”. The stated objects include “saving lives and offering protection to the displaced and persecuted” and “safe haven to persons with a well-founded fear of persecution”: ss. 3(2)(a) and 3(2)(d). Similarly, the objectives include striving to comply with “international human rights instruments to which Canada is signatory”: s. 3(3)(f); see also s. 3(2)(b).

[56] The *IRPA* also reveals a commitment to family, through stated objects of facilitating family reunification in Canada: s. 3(2)(f).

[57] In sum, while the security goals of the *IRPA* and the amendment that became s. 117 are important, they do not supplant Canada’s commitment to humanitarian aid and family unity. Both broad aims must be respected. This is accomplished by interpreting s. 117 as targeting organized smuggling operations having a criminal dimension, thereby excluding humanitarian, mutual and family aid. Under the Crown’s interpretation of s. 117, a father offering a blanket to a shivering child, or friends sharing food aboard a migrant vessel, could be subject to prosecution. This is incompatible with the refugee protection objects of the *IRPA* and the amendment that became s. 117.

[54] Or, cette même loi reconnaissait aussi les engagements d’ordre humanitaire, dont l’objet « de préserver pour les personnes qui ont véritablement besoin de protection l’accès à la procédure de détermination des revendications du statut de réfugié », et les préoccupations liées à « l’exploitation » des personnes désireuses d’entrer au Canada et des risques courus par celles-ci (l’art. 1 à ajouté les al. 2.1a) et c)).

[55] Les objets généraux de la *LIPR* révèlent également l’importance accordée à ses grands principes humanitaires. L’alinéa 3(2)c) fait état des « idéaux humanitaires du Canada ». Les énoncés parlent notamment de « sauver des vies et [de] protéger les personnes de la persécution », d’offrir « l’asile à ceux qui craignent avec raison d’être persécutés » (al. 3(2)a) et d)) et de voir à se conformer aux « instruments internationaux portant sur les droits de l’homme dont le Canada est signataire » (al. 3(3)f); voir également l’al. 3(2)b)).

[56] La *LIPR* révèle en outre un engagement envers la famille, car faciliter la réunification des familles au Canada compte au nombre de ses objets énoncés (al. 3(2)f)).

[57] Pour résumer, même si les objets en matière de sécurité de la *LIPR* et de la modification qui deviendra l’art. 117 important, ils ne supplantent pas l’engagement du Canada à l’égard de l’aide humanitaire et de la réunification des familles. Ces deux objectifs généraux doivent être respectés. Pour ce faire, il faut donner à l’art. 117 une interprétation qui fait entrer dans son champ d’application le passage de clandestins lié à la criminalité organisée, mais en exclut les actes d’aide humanitaire, d’assistance mutuelle ou d’entraide familiale. Suivant l’interprétation du ministère public, le père qui entoure son enfant grelottant d’une couverture ou des amis qui partagent de la nourriture à bord d’un navire transportant des clandestins pourraient être poursuivis. Un tel résultat est inconciliable avec les objets en matière de protection des réfugiés de la *LIPR* et de la modification qui deviendra l’art. 117.

(v) The Legislative Evolution of Section 117

[58] The legislative history of a provision may assist in determining its purpose: Sullivan, at pp. 286-87.

[59] Canada has had laws criminalizing the assisting of undocumented migrants to enter the country since 1902. Early incarnations of the offence were focused on organizing illegal arrival by rail or ship, with little concern for the plight of the migrants, who were typically expelled: *An Act to amend the Immigration Act*, S.C. 1902, c. 14, s. 2; *Immigration Act*, R.S.C. 1906, c. 93, ss. 65 and 66.

[60] In 1919, s. 12(4) of *An Act to amend The Immigration Act*, S.C. 1919, c. 25, made it an offence to transport into Canada, harbour or conceal the entry of prohibited immigrants. The provision was a summary conviction offence, with a maximum penalty of six months imprisonment and/or fines. Broadly similar offences were preserved in the 1952 and 1976 iterations of the *Immigration Act*.

[61] In 1988, “in light of organized incidents involving large-scale introduction of persons into Canada”, amendments introduced a new offence which, with minor changes, is the offence currently found in s. 117 of the *IRPA*: s. 1 of the 1988 amendments, adding s. 2.1(b). It criminalized third party assistance to undocumented migrants. In so doing, it established maximum penalties where the number of undocumented entrants was small: six months’ imprisonment and/or \$2,000 fines on summary conviction, and five years’ imprisonment and/or \$10,000 fines on indictment. By contrast, where the undocumented entrants numbered 10 or more, proceedings were exclusively by indictment, and the maximum penalty was 10 years’ imprisonment and/or fines up to \$500,000: s. 9 of the 1988 amendments, adding ss. 94.1 and 94.2. Thus, at the inception of what would become s. 117, greater culpability already attached to large-scale breaches, reflecting greater organizational activity on the part of the accused or others with whom

(v) L’évolution législative de l’art. 117

[58] L’historique législatif d’une disposition peut être utile lorsqu’il s’agit d’arrêter son objet (Sullivan, p. 286-287).

[59] Depuis 1902, le Canada a adopté des lois qui criminalisent le fait d’aider des sans-papiers à entrer au Canada. Les premières versions de l’infraction concernaient surtout l’organisation d’arrivées illégales, par train ou par navire, et ne s’attachaient guère au sort des migrants, qui étaient généralement expulsés (*Acte modifiant l’Acte d’immigration*, S.C. 1902, c. 14, art. 2; *Loi de l’immigration*, S.R.C. 1906, c. 93, art. 65 et 66).

[60] En 1919, aux termes du par. 12(4) de la *Loi modifiant la Loi de l’Immigration*, S.C. 1919, c. 25, quiconque débarquait au Canada ou hébergeait tout immigrant à qui l’entrée était interdite ou en dissimulait l’entrée au Canada commettait une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et assortie d’une peine maximale de six mois d’emprisonnement, d’une amende ou des deux. Des infractions largement similaires ont été reprises dans les versions de 1952 et de 1976 de la loi régissant l’immigration.

[61] En 1988, « en raison [...] d’incidents délictueux impliquant l’introduction à grande échelle au Canada de personnes », des modifications apportées à la loi ont créé une nouvelle infraction qui, sauf pour quelques changements mineurs, constitue l’infraction que prévoit actuellement l’art. 117 de la *LIPR* (l’art. 1 des modifications de 1988 a ajouté l’al. 2.1b)). Cette disposition criminalisait l’aide fournie par des tiers à des sans-papiers. Elle prévoyait des peines maximales dans les cas où les sans-papiers étaient peu nombreux : un emprisonnement de six mois et une amende de 2 000 \$ ou l’une de ces peines, par procédure sommaire, et un emprisonnement de cinq ans et une amende de 10 000 \$ ou l’une de ces peines, par mise en accusation. Par comparaison, dans les cas où le nombre de sans-papiers était de 10 ou plus, les poursuites devaient obligatoirement être intentées par mise en accusation, et la peine maximale prévue était un emprisonnement de 10 ans et une amende d’au plus 500 000 \$ ou l’une de ces peines (l’art. 9 des

the accused acted in concert. The offence created in 1988 also included a new screening mechanism: no proceedings could be instituted under ss. 94.1 or 94.2 without the consent of the Attorney General (s. 9 of the 1988 amendments, adding s. 94.3).

[62] The current s. 117 was part of a new comprehensive statute dealing with immigration and refugee protection, the *IRPA*, enacted in 2001. The offence remained substantially the same as previously, preserving the differing penalties based on scale, and the charge-screening mechanism. However, maximum penalties were significantly increased, while another provision was added to guide sentencing under the offence. Section 121 provided that in determining the penalty to be imposed under s. 117, the court was to take into account (1) bodily harm or death to the migrant; (2) association with a criminal organization; (3) profit from the operation; and (4) harm to or degrading treatment of the migrants. These changes came on the heels of the adoption of the *Smuggling Protocol*, which obliged state parties to criminalize the smuggling of migrants done for financial or other material benefit and to adopt legislative measures to establish aggravating circumstances such as harm to and degrading treatment of migrants: arts. 6(1) and 6(3). The second factor in s. 121 reflected a more significant link between the offensive conduct and organized crime. The first and fourth factors recognized more serious crime. The third factor may be an indicator of either or both.

[63] From this brief survey of the historical evolution of prohibitions on assisting the entry to Canada of undocumented people, I draw the following conclusions: (a) the prohibitions have, for over a century, focused on smuggling activity tied to

modifications de 1988 a ajouté les art. 94.1 et 94.2). Par conséquent, au moment de la création de la disposition qui allait devenir l'art. 117, des peines alourdies s'appliquaient déjà à la perpétration à grande échelle, en phase avec des activités démontrant un niveau élevé d'organisation de la part de l'accusé ou des personnes qui agissaient de concert avec lui. L'infraction créée en 1988 comportait également un nouveau mécanisme de filtrage, qui subordonnait au consentement du procureur général toute poursuite intentée à l'égard d'une infraction prévue aux art. 94.1 ou 94.2 (l'art. 9 des modifications de 1988 a ajouté l'art. 94.3).

[62] L'actuel art. 117 a été intégré à une nouvelle loi générale régissant l'immigration et la protection des réfugiés — la *LIPR* —, adoptée en 2001. L'infraction est essentiellement demeurée la même, et la disposition qui la prévoit maintient le barème des peines ainsi que le mécanisme de filtrage pré-inculpation. Cependant, la sévérité des sanctions maximales a été considérablement haussée, et une nouvelle disposition sur la détermination de la peine a été adoptée. Aux termes de l'art. 121, au moment de déterminer la peine visée à l'art. 117, le tribunal devait tenir compte des éléments suivants : (1) infliction de blessures ou mort; (2) association avec une organisation criminelle; (3) profit tiré de l'opération; (4) infliction de blessures ou traitement dégradant des clandestins. Ces modifications sont survenues après l'adoption du *Protocole contre le trafic illicite*, lequel oblige les États parties à criminaliser le trafic illicite de migrants commis pour un avantage financier ou un autre avantage matériel et à prévoir expressément dans leurs lois des circonstances aggravantes, par exemple le préjudice aux migrants ou le traitement dégradant de ceux-ci (par. 6(1) et (3)). Le deuxième élément énuméré à l'art. 121 révèle un lien étroit entre l'acte reproché et le crime organisé. Les premier et quatrième dénotent des crimes graves. Le troisième indique l'un ou l'autre ou les deux.

[63] De ce bref historique de l'évolution des dispositions prohibant le fait d'aider des sans-papiers à entrer au Canada, je tire les conclusions suivantes : a) depuis plus d'un siècle, les interdictions intéressent les activités de passage de clandestins

organizing and furthering the illegal entry, not aid merely incidental to it; (b) successive revisions to the provision have coupled increased penalties with more precise targeting of organized crime-related smuggling activity, and the 2001 revision in particular followed in the footsteps of key developments in international law; and (c) s. 117, from its inception in 1988 and as continued and revised by the *IRPA* in 2001, provided a filter to screen out assistance not associated with organized criminal smuggling, namely innocent humanitarian acts, mutual aid and assistance to family members.

(vi) The Parliamentary Debates

[64] Statements made in the legislature leading up to the enactment of a provision may supply evidence of its purpose: Sullivan, at p. 277; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248, at para. 37; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494, at para. 25; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 45; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783, at para. 17.

[65] The parliamentary debates establish that the original enactment of the offence in 1988 was motivated by incidents of organized large-scale smuggling of undocumented migrants by sea. Concerns were expressed in the debates about protecting the health, safety and security of Canadians and Canadian society, the integrity and efficacy of Canada's lawful immigration and refugee regimes, and Canada's ability to control its borders and the domestic and international interests tied to them. Concerns were also expressed about the safety and protection of genuine refugees, and not subjecting humanitarian groups to prosecution. Then-Minister Benoît Bouchard summarized Parliament's purpose as follows in the Committee meetings of August 25, 1987:

liées à l'organisation et au soutien de l'entrée illégale, et non simplement l'aide accessoire à celle-ci; b) les modifications successives de la disposition ont à la fois alourdi les peines et précisé son champ d'application — le passage de clandestins lié au crime organisé —, plus particulièrement la modification de 2001, qui a traduit une importante évolution en droit international; c) l'art. 117, depuis sa création en 1988 jusqu'à sa modification en 2001 dans la *LIPR*, prévoit un mécanisme de filtrage qui empêche que soit criminalisée l'aide qui n'est pas associée au passage de clandestins lié au crime organisé, c'est-à-dire des actes innocents d'aide humanitaire, d'assistance mutuelle ou d'entraide familiale.

(vi) Les débats parlementaires

[64] Les déclarations faites dans le cadre d'une assemblée législative avant l'adoption d'une disposition peuvent permettre d'établir l'objet de cette dernière (Sullivan, p. 277; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248, par. 37; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494, par. 25; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 45; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783, par. 17).

[65] Selon les débats parlementaires, la promulgation initiale, en 1988, de la disposition créant l'infraction était motivée par des incidents de passage organisé à grande échelle de sans-papiers au Canada par voie maritime. Les débats ont porté sur la nécessité de protéger la santé et la sécurité des Canadiens et de la société canadienne, l'intégrité et l'efficacité des processus légitimes d'immigration et d'asile et la capacité du Canada de contrôler ses frontières ainsi que les intérêts du Canada sur les plans intérieur et international qui s'y rattachent. Des préoccupations ont également été exprimées à propos de la sécurité et de la protection des véritables réfugiés ainsi que du risque que des groupes humanitaires soient exposés à des poursuites. Le ministre de l'époque, Benoît Bouchard, a résumé en ces termes l'intention du législateur lors de la réunion du comité du 25 août 1987 :

We are going to put a stop to the large-scale trafficking of illegal migrants by smugglers. There has been much discussion about amending these sections of the bill. We have all pressed lawyers and legislative drafters to consider alternatives to the current wording. We looked at phrases such as religious group, profit, reward, smuggle and clandestine entry, but every possibility creates loopholes and undermines our ability to prosecute the unscrupulous. We cannot let such individuals escape sanction by adding phrases which create insurmountable problems of proof and create gaps through which the unscrupulous would march.

(House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-84*, No. 9, 2nd Sess., 33rd Parl., at p. 24)

[66] It thus emerges from the 1987 debates that the reason s. 117(1) of the *IRPA* permits prosecution of those providing humanitarian assistance to fleeing refugees or assistance to close family members is not because Parliament wanted to capture such persons, but because of a drafting dilemma — it was feared that a categorical approach to exceptions would inadequately respond to the multifaceted and complex nature of real-life smuggling cases. Parliament agreed that those offering humanitarian assistance and mutual aid were not meant to be prosecuted under s. 117 of the *IRPA*. However, instead of legislatively exempting such people from potential criminal liability, it sought to screen them out at the prosecution stage by requiring the Attorney General's consent to prosecute.

[67] The debates on the enactment of the *IRPA* in 2001 echo these preoccupations. Again, members of Parliament expressed concerns that s. 117 might criminalize people who assist family members to come to Canada or people who provide humanitarian aid to asylum-seekers. The government's response was that these fears were misplaced because they focused exclusively on s. 117(1) and

Ces mesures nous permettront de mettre un terme aux activités de ceux qui amènent de nombreux immigrants clandestins au Canada. La possibilité d'amender ces articles a été longuement discutée. Nous avons tous insisté auprès des avocats et des rédacteurs de loi pour qu'ils essaient de trouver un autre libellé. Nous nous sommes aussi penchés sur les termes tels que groupe confessionnel, profit, récompense, fraude ou entrée clandestine. Mais chaque tentative de changement réduisait notre capacité de poursuivre les gens sans scrupule. Nous ne pouvons permettre à ces individus d'échapper aux sanctions en ajoutant des termes qui créeraient des problèmes insurmontables quand viendrait le temps d'établir des preuves et qui constitueraient des échappatoires pour les gens sans scrupule.

(Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-84*, n° 9, 2^e sess., 33^e lég., p. 24)

[66] Par conséquent, il ressort des débats de 1987 que le par. 117(1) de la *LIPR* permet de poursuivre des personnes qui fournissent de l'aide humanitaire aux demandeurs d'asile fuyant la persécution ou qui prêtent assistance à des parents proches, non pas parce que le législateur voulait que ces personnes soient visées, mais en raison d'un dilemme relatif au libellé : on craignait qu'une exception fondée sur une certaine catégorie de personnes ne convienne pas compte tenu de la nature multidimensionnelle et complexe des activités réelles de passage de clandestins. Le législateur a reconnu que les personnes qui fournissent de l'aide humanitaire et celles qui s'entraident n'étaient pas censées être poursuivies en vertu de l'art. 117 de la *LIPR*. Toutefois, au lieu de soustraire à la responsabilité criminelle ces personnes par voie législative, le législateur a prévu les écarter à l'étape de la poursuite en subordonnant toute poursuite au consentement du procureur général.

[67] Les débats ayant précédé l'adoption de la *LIPR* en 2001 évoquent ces préoccupations. Là encore, les députés craignaient que l'art. 117 incrimine les personnes qui aident des membres de leur famille à entrer au Canada ou celles qui fournissent de l'aide humanitaire aux demandeurs d'asile. Le gouvernement a répondu que ces craintes n'étaient pas fondées parce qu'elles concernaient exclusivement le

overlooked s. 117(4) which was expected to prevent these and other unintended prosecutions. The following excerpts from the parliamentary debates summarize those discussions:

Mr. John McCallum: . . . we heard a fair amount of testimony in our hearings from people doing humanitarian work, reverends and saintly people, if you will, and the last people in the world we would want to prosecute. Yet, if you read that literally, it looks like some of these people who are helping refugees could be prosecuted. Or if my sister is in a bad country and I help her, it looks like I can be prosecuted. How does that work?

Mr. Daniel Therrien [General Counsel]: The protection against such prosecutions is in subclause 117(4), which provides that no prosecution under the smuggling provision can occur without the consent of the Attorney General

Ms. Joan Atkinson [Assistant Deputy Minister]: . . . Subclause 117(4) is what's in the current act. . . . It is in place . . . in the current act, and as Daniel has said, there has been no prosecution of anyone who was involved in trying to help refugees come to Canada. That is the safeguard. All the circumstances will be reviewed by the Attorney General to put in humanitarian considerations without defining what that means [otherwise] you don't have the flexibility you need . . . to be able to consider all the individual circumstances in a case before any decision is taken to prosecute.

(House of Commons, Standing Committee on Citizenship and Immigration, *Evidence*, No. 27, 1st Sess., 37th Parl., May 17, 2001 (online), at 10:35)

[68] These excerpts from the parliamentary debates make it clear that Parliament understood that s. 117(1) criminalized assistance to family members and humanitarian assistance, and was relying on ministerial discretion to prevent prosecution. General Counsel Therrien and Assistant Deputy Minister Atkinson did not deny that s. 117 caught these cases, but defended this overreach far beyond

par. 117(1) et ne tenaient pas compte du par. 117(4) qui visait à prévenir ce type de poursuites et toute autre poursuite non désirée. L'extrait suivant des débats parlementaires résume bien ces discussions :

M. John McCallum : . . . nous avons, dans le cadre de nos audiences, entendu de nombreux témoignages de personnes qui se consacrent à du travail humanitaire, des religieux et des personnes pleines de bonté, si vous voulez, et ce sont les dernières personnes que nous voudrions jamais poursuivre. Or, si vous lisez attentivement le texte, il semble, littéralement, que certaines de ces personnes qui aident les réfugiés pourraient se faire poursuivre. Ou encore, si ma sœur se trouve dans un mauvais pays et que je lui viens en aide, j'ai bien l'impression que je pourrais, moi, être poursuivi. Comment cela fonctionne-t-il?

M. Daniel Therrien [avocat général] : La protection contre ce genre de poursuites est explicitée au paragraphe 117(4), qui prévoit qu'aucune poursuite pour une infraction de trafic de personnes ne peut être engagée sans le consentement du procureur général . . .

M^{me} Joan Atkinson [sous-ministre adjointe] : . . . Le paragraphe 117(4) correspond à ce qui est déjà dans la loi. [. . .] [Il s'agit d'une mesure] en place [. . .] dans l'actuelle loi et, comme l'a dit Daniel, on n'a jamais poursuivi qui que ce soit pour avoir essayé d'aider des réfugiés à venir au Canada. C'est là la garantie. Toutes les circonstances doivent être examinées par le procureur général, qui devra se pencher sur les considérations humanitaires sans qu'on les définit. Cela veut dire que le procureur général dispose de toute la marge de manœuvre voulue pour être en mesure d'examiner les circonstances au cas par cas, avant toute décision de poursuivre.

(Chambre des communes, Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, *Témoignages*, n° 27, 1^{re} sess., 37^e lég., 17 mai 2001 (en ligne), 10 h 35)

[68] Ces extraits des débats parlementaires démontrent clairement que le législateur savait que le par. 117(1) criminalisait l'aide humanitaire et l'assistance fournie par une personne à des membres de sa famille, et qu'il comptait sur le pouvoir discrétionnaire du ministre pour éviter les poursuites dans ces cas. L'avocat général, M^e Therrien, et la sous-ministre adjointe, M^{me} Atkinson, n'ont pas nié

any reasonable definition of the targeted smuggling activity on the basis that the Attorney General's permission under s. 117(4) would be an adequate "safeguard" against inappropriate prosecutions.

[69] In sum, we may fairly infer the following from the debate surrounding the adoption of s. 117 of the *IRPA*: From the beginning, the government conceded that the words of s. 117(1) had been cast broadly enough to catch family and humanitarian assistance to undocumented migrants. At the same time, the government made it clear that s. 117 was not intended to catch persons aiding family members or providing humanitarian or mutual aid. The risk would be alleviated, or so the government asserted, by the requirement that the Attorney General authorize prosecutions under s. 117(4) of the *IRPA*.

(vii) Conclusion on the Purpose of Section 117 of the *IRPA*

[70] The foregoing considerations establish that the purpose of s. 117 is to criminalize the smuggling of people into Canada in the context of organized crime, and does not extend to permitting prosecution for simply assisting family or providing humanitarian or mutual aid to undocumented entrants to Canada. A broad punitive goal that would prosecute persons with no connection to and no furtherance of organized crime is not consistent with Parliament's purpose as evinced by the text of s. 117 read together with Canada's international commitments, s. 117's role within the *IRPA*, the *IRPA*'s objects, the history of s. 117, and the parliamentary debates.

(b) *The Scope of Section 117 of the IRPA*

[71] I now turn to the scope of s. 117 of the *IRPA* to see whether it "goes too far and interferes with

que ces cas tombaient sous le coup de l'art. 117, mais ils ont justifié la portée excessive de cette disposition, débordant toute définition raisonnable de l'infraction ciblée de passage de clandestins, en disant que le consentement du procureur général exigé par le par. 117(4) constituerait une « garantie » suffisante contre les poursuites injustifiées.

[69] Bref, nous pouvons légitimement inférer ce qui suit du débat ayant précédé l'adoption de l'art. 117 de la *LIPR* : dès le départ, le gouvernement a reconnu que le par. 117(1) avait été formulé de manière suffisamment large pour criminaliser l'aide fournie à des sans-papiers par des membres de leur famille et des travailleurs humanitaires. Or, il a clairement indiqué que son intention n'était pas de faire tomber sous le coup de l'art. 117 les personnes qui assistent des membres de leur famille, celles qui fournissent de l'aide humanitaire ou celles qui s'assistent mutuellement. Selon le gouvernement, le risque était atténué par l'exigence subordonnant toute poursuite à l'autorisation du procureur général, prévue au par. 117(4) de la *LIPR*.

(vii) Conclusion sur l'objet de l'art. 117 de la *LIPR*

[70] Ces considérations démontrent que l'art. 117 a pour objet de criminaliser le passage de clandestins au Canada lié à la criminalité organisée, et non des actes constituant simplement de l'entraide familiale, de l'assistance mutuelle entre sans-papiers qui entrent au Canada ou encore de l'aide humanitaire à de telles personnes. Un objectif punitif général qui permettrait que soient poursuivies des personnes qui sont dépourvues de lien avec le crime organisé et ne font rien pour favoriser le crime organisé est contredit par l'intention du législateur qui se dégage du libellé de l'art. 117, interprétée à la lumière des engagements internationaux du Canada, du rôle de l'art. 117 au sein de la *LIPR*, des objets de la *LIPR*, de l'historique de l'art. 117 et des débats parlementaires.

b) *La portée de l'art. 117 de la LIPR*

[71] J'examine maintenant la portée de l'art. 117 de la *LIPR* afin de vérifier s'il « va trop loin et

some conduct that bears no connection to its objective”: *Bedford*, at para. 101.

[72] The scope of s. 117(1) is plain. The provision admits of no ambiguity. Parliament itself understood when it enacted s. 117 that the provision’s reach exceeded its purpose by catching those who provide humanitarian, mutual and family assistance to asylum-seekers coming to Canada, but argued that this overbreadth was not a problem because the Attorney General would not permit the prosecution of such people. We cannot avoid the overbreadth problem by interpreting s. 117(1) as not permitting prosecution of persons providing humanitarian, mutual or family assistance. Such an interpretation would require the Court to ignore the ordinary meaning of the words of s. 117(1), which unambiguously make it an offence to “organize, induce, aid or abet” the undocumented entry. To adopt this suggestion would violate the rule of statutory interpretation that the meaning of the words of the provision should be read in their “grammatical and ordinary sense”: Sullivan, at p. 28. It would also require us to ignore statements from the legislative debate record suggesting Parliament knew in advance that the provision was overbroad.

[73] I conclude that s. 117(1) appears to criminalize some conduct that bears no relation to its objective, raising the spectre that s. 117 as a whole is overbroad. The remaining question is whether the requirement under s. 117(4) that the Attorney General authorize prosecution saves s. 117 from the charge or overbreadth by effectively narrowing the scope of s. 117(1).

[74] In my view, s. 117(4) does not cure the overbreadth problem created by s. 117(1). Ministerial discretion, whether conscientiously exercised or not,

empiète sur un comportement sans lien avec son objectif » (*Bedford*, par. 101).

[72] La portée du par. 117(1) est claire. La disposition ne comporte aucune ambiguïté. Le législateur savait, lorsqu’il a promulgué l’art. 117, que la portée de cette disposition excédait son objet parce qu’elle faisait entrer dans son champ d’application les personnes qui accomplissent des actes d’aide humanitaire, d’assistance mutuelle ou d’entraide familiale en faveur de demandeurs d’asile entrant au Canada. Il a affirmé que cette portée excessive ne posait aucun problème parce que le procureur général n’autoriserait pas la poursuite de ces personnes. Or, il n’est pas possible de contourner le problème de la portée excessive en donnant au par. 117(1) une interprétation qui soustrairait de son champ d’application les personnes qui fournissent de l’aide humanitaire, s’assistent mutuellement ou aident des membres de leur famille. Une telle interprétation obligerait la Cour à faire fi du sens ordinaire des mots employés au par. 117(1), qui prévoit sans la moindre ambiguïté que commet une infraction quiconque « organise [. . .] ou incite, aide ou encourage » des sans-papiers à entrer au Canada. En faisant droit à cette proposition, nous contreviendrions à la règle d’interprétation des lois portant que les termes employés dans la disposition doivent être interprétés [TRADUCTION] « en suivant leur sens grammatical et ordinaire » (Sullivan, p. 28). Il nous faudrait également ne pas tenir compte des déclarations tenues lors des débats législatifs, qui tendaient à indiquer que le législateur savait que la disposition avait une portée excessive.

[73] Je conclus que le par. 117(1) semble criminaliser des comportements sans lien avec son objectif, ce qui pourrait indiquer, pour l’art. 117 dans son ensemble, une portée excessive. Reste à déterminer si l’exigence prévue au par. 117(4), qui subordonne toute poursuite au consentement du procureur général, permet de faire échec à une conclusion de portée excessive en restreignant effectivement la portée du par. 117(1).

[74] J’estime que le par. 117(4) ne règle pas le problème de portée excessive que crée le par. 117(1). Le pouvoir discrétionnaire du ministre, qu’il soit exercé

does not negate the fact that s. 117(1) criminalizes conduct beyond Parliament's object, and that people whom Parliament did not intend to prosecute are therefore at risk of prosecution, conviction and imprisonment. So long as the provision is on the books, and so long as it is not impossible that the Attorney General could consent to prosecute, a person who assists a family member or who provides mutual or humanitarian assistance to an asylum-seeker entering Canada faces a possibility of imprisonment. If the Attorney General were to authorize prosecution of such an individual, despite s. 117's limited purpose, nothing remains in the provision to prevent conviction and imprisonment. This possibility alone engages s. 7 of the *Charter*. Further, as this Court unanimously noted in *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167, at para. 17, per Moldaver J., "prosecutorial discretion provides no answer to the breach of a constitutional duty". See also *Nur*.

[75] Implicit in the Court of Appeal's position is that the problem of humanitarian workers or family members prosecuted under s. 117 of the *IRPA* is a problem of administrative law, and that if a constitutional attack is to be made, it should be made against improper exercise of the Attorney General's duty under s. 117(4) not to prosecute such persons. I cannot agree. As noted, although the purpose of s. 117 of the *IRPA* was not to capture such persons, nothing in the provision actually enacted disallows it. As a result, an individual charged with an offence under s. 117 would have difficulty challenging the decision. Further, judicial review of such discretion is not currently available, and there are good reasons why it may not be desirable. As the Court observed in *Anderson*, judicial oversight of Crown decisions whether to prosecute puts at risk the discrete roles of different actors in our adversarial system:

consciencieusement ou non, n'empêche pas que le par. 117(1) criminalise un comportement que le législateur ne visait pas, ni que des personnes que le législateur ne voulait pas poursuivre risquent d'être poursuivies, déclarées coupables et emprisonnées. Dans la mesure où cette disposition est encore susceptible d'application, et dans la mesure où il n'est pas impossible que le procureur général consente à tenter des poursuites, les personnes qui aident un membre de leur famille, celles qui fournissent de l'aide humanitaire à un demandeur d'asile entrant au Canada ou encore les demandeurs d'asile qui s'assistent mutuellement risquent l'emprisonnement. Si le procureur général autorise qu'une telle personne soit poursuivie, en dépit de l'objet restreint de l'art. 117, la disposition ne prévoit aucune autre protection pour éviter une déclaration de culpabilité ou une peine d'emprisonnement. Cette possibilité, à elle seule, fait intervenir l'art. 7 de la *Charte*. En outre, comme la Cour le dit à l'unanimité dans l'arrêt *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167, sous la plume du juge Moldaver, « le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites n'est pas la solution au manquement à une obligation constitutionnelle » (par. 17). Voir également *Nur*.

[75] Il ressort implicitement de la position de la Cour d'appel que la possibilité que des travailleurs humanitaires ou des membres d'une famille soient poursuivis en vertu de l'art. 117 de la *LIPR* est un problème de droit administratif et qu'en cas de contestation constitutionnelle, c'est l'exercice irrégulier, par le procureur général, de l'obligation qui découle du par. 117(4) de ne pas tenter de poursuites contre ces personnes qui devrait être contesté. Je ne suis pas de cet avis. Comme je le souligne précédemment, s'il est vrai que l'art. 117 de la *LIPR* n'était pas censé viser ces personnes, rien dans la disposition qui a effectivement été adoptée ne l'interdit. En conséquence, il serait difficile pour la personne accusée de l'infraction prévue à l'art. 117 de contester la décision. Qui plus est, ce pouvoir discrétionnaire n'est pas susceptible de contrôle judiciaire, et ce pour de bonnes raisons. Ainsi que le fait remarquer la Cour dans l'arrêt *Anderson*, la surveillance judiciaire des décisions du ministère public d'engager ou non des poursuites brouille les rôles distincts des différents acteurs de notre système accusatoire :

There has been a long-standing and deeply engrained reluctance to permit routine judicial review of the exercise of [prosecutorial] discretion. . . . The imposition of a sweeping duty that opens up for routine judicial review all of the aforementioned decisions is contrary to our constitutional traditions. [para. 32]

[76] It may also be noted that judicial review of the Attorney General's decision to authorize prosecution under s. 117(4) may have undesirable consequences for other federal statutes in which a similar clause is present: see e.g. *Freezing Assets of Corrupt Foreign Officials Act*, S.C. 2011, c. 10; *Foreign Extraterritorial Measures Act*, R.S.C. 1985, c. F-29; *Special Economic Measures Act*, S.C. 1992, c. 17; *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24; *Geneva Conventions Act*, R.S.C. 1985, c. G-3. At this point, it suffices to note that judicial review does not answer the constitutional non-conformity of s. 117(1).

[77] I conclude that s. 117 of the *IRPA* is overbroad. The remaining issue is whether this overbreadth is justified under s. 1 of the *Charter* as a reasonable measure in a free and democratic society.

(2) Gross Disproportionality, Vagueness and Equality

[78] In addition to the overbreadth claim, some of the appellants assert that s. 117 offends s. 7 by depriving persons of liberty in a manner that violates the principles of fundamental justice against gross disproportionality and vagueness. They also claim that equal treatment under the law is a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7, and that s. 117 violates it. In view of my conclusion that s. 117 is overbroad, I find it unnecessary to consider these arguments.

Il existe depuis longtemps une réticence fortement enracinée à permettre le contrôle judiciaire automatique de l'exercice d[u] pouvoir discrétionnaire [en matière de poursuites]. [. . .] L'imposition d'une obligation très générale qui donne ouverture à la révision automatique de toutes les décisions susmentionnées va à l'encontre de nos traditions constitutionnelles. [par. 32]

[76] Il importe également de souligner que le contrôle judiciaire de la décision du procureur général d'autoriser une poursuite en vertu du par. 117(4) peut avoir un effet non souhaitable sur d'autres lois fédérales comportant une disposition semblable (voir, p. ex., *Loi sur le blocage des biens de dirigeants étrangers corrompus*, L.C. 2011, c. 10; *Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères*, L.R.C. 1985, c. F-29; *Loi sur les mesures économiques spéciales*, L.C. 1992, c. 17; *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, c. 24; *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. 1985, c. G-3). Il suffit de souligner, à ce stade-ci, que le contrôle judiciaire ne permet pas de remédier à la non-conformité constitutionnelle du par. 117(1).

[77] Je conclus que l'art. 117 de la *LIPR* a une portée excessive. La question qu'il reste à trancher est celle de savoir si la portée excessive est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte* comme étant une mesure raisonnable dans une société libre et démocratique.

(2) Caractère totalement disproportionné, imprécision et égalité

[78] Outre son argument sur la portée excessive, certains appelants affirment que l'art. 117 contrevient à l'art. 7 parce qu'il prive des personnes de leur liberté d'une manière qui viole les principes de justice fondamentale interdisant le caractère totalement disproportionné et l'imprécision. Ils font également valoir que l'égalité devant la loi est un principe de justice fondamentale au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'art. 7, et que l'art. 117 y porte atteinte. Compte tenu de ma conclusion selon laquelle l'art. 117 a une portée excessive, j'estime qu'il est inutile d'examiner ces arguments.

B. *Is the Inconsistency With Section 7 Justified Under Section 1 of the Charter?*

[79] The test to determine whether infringement of a right may be constitutionally justified under s. 1 of the *Charter* was set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. The first step of the s. 1 analysis asks whether the Crown has demonstrated a pressing and substantial objective: *Oakes*, at pp. 138-39. The broad purpose of s. 117 of the *IRPA* is to combat organized crime-related people smuggling, without criminalizing family assistance, mutual aid or humanitarian aid to asylum-seekers coming to Canada. This objective is clearly pressing and substantial.

[80] The second step of the s. 1 analysis asks whether the legislative objective is rationally connected to the limit the law imposes on the right at issue. Not all applications of s. 117 are rationally connected to the legislative object; notably, s. 117 of the *IRPA*, as discussed, catches mutual and family as well as humanitarian aid which I earlier concluded was not Parliament's object to criminalize. However, since other applications of s. 117 are rationally connected to the legislative object, this suffices to satisfy the rational connection stage of the analysis: *Heywood*, at p. 803. A rational *connection*, not a complete rational *correspondence*, is all this branch of *Oakes* requires.

[81] The third step of the s. 1 analysis asks whether the offending law is tailored to its objective: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713. Evidently, where a law goes too far, it is a challenge to satisfy minimal impairment. In *Heywood*, Cory J. concluded (at p. 803) that “for the same reasons that [the law] is overly broad, it fails the minimal impairment branch of the s. 1 analysis”. The record here shows why that will not *always* necessarily be the case.

B. *L'incompatibilité avec l'art. 7 est-elle justifiée au regard de l'article premier de la Charte?*

[79] Le critère qui permet de déterminer si l'atteinte à un droit est justifiée sur le plan constitutionnel au regard de l'article premier de la *Charte* a été établi dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Dans le premier volet de l'analyse que commande l'article premier, il faut se demander si le ministère public a démontré l'existence d'un objectif urgent et réel (*Oakes*, p. 138-139). L'objet général de l'art. 117 de la *LIPR* concerne la lutte contre le passage de clandestins lié au crime organisé, et ne vise pas à criminaliser les actes d'entraide familiale, d'assistance mutuelle ou d'aide humanitaire en faveur de demandeurs d'asile entrant au Canada. Il s'agit clairement d'un objectif urgent et réel.

[80] Dans le deuxième volet, il faut se demander s'il existe un lien rationnel entre l'objectif poursuivi par le législateur et la restriction que la loi impose au droit en cause. Ce lien rationnel n'est pas démontré à l'égard de toutes les applications de l'art. 117 de la *LIPR* : comme nous l'avons vu, cette disposition fait entrer dans son champ d'application les actes d'assistance mutuelle, d'entraide familiale et d'aide humanitaire, et j'ai conclu précédemment que le législateur n'avait pas l'intention de les viser. Or, comme il existe un lien rationnel entre l'objectif poursuivi par le législateur et d'autres applications de l'art. 117, il est satisfait à ce volet de l'analyse (*Heywood*, p. 803). Ce volet du critère établi dans l'arrêt *Oakes* ne requiert que l'existence d'un *lien* rationnel et non une parfaite *correspondance*.

[81] Dans le troisième volet de l'analyse que commande l'article premier, il faut se demander si la loi contestée est adaptée à son objet (*R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713). À l'évidence, lorsqu'une loi va trop loin, il sera difficilement satisfait au critère de l'atteinte minimale. Dans l'arrêt *Heywood*, le juge Cory conclut à la p. 803 que « pour les mêmes motifs qui font que [la loi] a une portée excessive, [elle] ne satisfait pas au volet de l'atteinte minimale de l'analyse fondée sur l'article premier ». En l'espèce, le dossier démontre pourquoi ce ne sera pas nécessairement *toujours* le cas.

[82] The Crown's position appears to be that even though the provision is overbroad, it is nevertheless minimally impairing, because although imperfect, there was no better alternative. As discussed, the government recognized in advance that the provision would catch conduct it did not intend to criminalize. However, Parliament nevertheless enacted an overbroad provision because it was concerned that wording exempting this conduct would create unacceptable loopholes. Section 1 of the *Charter* does not allow rights to be limited on the basis of bare claims, but requires the Crown to provide a *demonstrable justification* for inconsistencies with *Charter* rights: *Oakes*, at pp. 136-37. The Crown has not satisfied its burden under s. 1.

VI. Remedy

[83] Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982* provides:

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

It follows that s. 117 is of no force or effect to the extent of its inconsistency with the *Charter*.

[84] The extent of the inconsistency that has been proven is the overbreadth of s. 117 in relation to three categories of conduct: (1) humanitarian aid to undocumented entrants, (2) mutual aid amongst asylum-seekers, and (3) assistance to family entering without the required documents.

[85] The appellants ask the Court to strike s. 117 down in its entirety. Section 117, as it was at the time of the alleged offences, has been replaced. In the particular circumstances of this case, I conclude that the preferable remedy is to read down s. 117 as not applicable to persons who give humanitarian, mutual or family assistance. This remedy reconciles the former s. 117 with the requirements of the *Charter* while leaving the prohibition on human

[82] Le ministère public semble dire que si la disposition a une portée excessive, son atteinte est néanmoins minimale, car malgré son caractère imparfait, elle se présentait comme la meilleure des solutions. Nous avons vu que le gouvernement avait reconnu avant l'adoption de la loi que la disposition ferait entrer dans son champ d'application des actes qu'il n'avait pas voulu criminaliser. Le législateur a néanmoins adopté une disposition d'une portée excessive parce qu'il craignait qu'une exception applicable à ces actes crée des failles inacceptables. L'article premier de la *Charte* ne permet pas que les droits soient restreints sur le fondement de simples affirmations; il exige du ministère public une *justification qui puisse se démontrer* lorsqu'il y a incompatibilité avec les droits garantis par la *Charte* (*Oakes*, p. 136-137). Le ministère public ne s'est pas déchargé du fardeau que lui impose l'article premier.

VI. Réparation

[83] Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* dispose :

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Par conséquent, l'art. 117 est inopérant dans la mesure de son incompatibilité avec la *Charte*.

[84] En l'espèce, l'incompatibilité qui a été démontrée concerne la portée excessive de l'art. 117 relativement à trois catégories d'actes, soit (1) l'aide humanitaire à des sans-papiers, (2) l'assistance mutuelle entre demandeurs d'asile et (3) l'aide fournie par une personne à un membre de sa famille qui entre au Canada sans être muni des documents requis.

[85] Les appelants demandent à la Cour d'invalider l'art. 117 au complet. La version de cette disposition qui était en vigueur au moment de la perpétration des infractions reprochées a été remplacée. Dans les circonstances particulières de la présente espèce, je conclus qu'il est préférable de donner à l'art. 117 une interprétation atténuée qui exclurait de son champ d'application les actes d'aide humanitaire, d'assistance mutuelle ou d'entraide familiale.

smuggling for the relevant period in place. This remedy is consistent with the guidance this Court gave in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

VII. Conclusion

[86] I would allow the appeals and read down s. 117 of the *IRPA*, as it was at the time of the alleged offences, as not applying to persons providing humanitarian aid to asylum-seekers or to asylum-seekers who provide each other mutual aid (including aid to family members), to bring it in conformity with the *Charter*. The charges are remitted for trial on this basis.

APPENDIX A

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27 (version in force at time)

3. (1) [Objectives — immigration] The objectives of this Act with respect to immigration are

- (a) to permit Canada to pursue the maximum social, cultural and economic benefits of immigration;
- (b) to enrich and strengthen the social and cultural fabric of Canadian society, while respecting the federal, bilingual and multicultural character of Canada;
- (b.1) to support and assist the development of minority official languages communities in Canada;
- (c) to support the development of a strong and prosperous Canadian economy, in which the benefits of immigration are shared across all regions of Canada;
- (d) to see that families are reunited in Canada;
- (e) to promote the successful integration of permanent residents into Canada, while recognizing that

Cette réparation permet de concilier l'ancien art. 117 avec les impératifs de la *Charte* et de conserver, pendant la période pertinente, l'interdiction applicable au passage de clandestins. La réparation respecte les précisions énoncées par la Cour dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

VII. Conclusion

[86] Je suis d'avis d'accueillir les pourvois et de donner à l'art. 117 de la *LIPR* — tel qu'il était libellé au moment des infractions reprochées — une interprétation atténuée qui exclut de son champ d'application les personnes qui fournissent de l'aide humanitaire à des demandeurs d'asile ou les demandeurs d'asile qui s'assistent mutuellement (y compris en aidant des membres de leur famille), en vue d'assurer la conformité de la disposition avec la *Charte*. Les accusations sont renvoyées au tribunal de première instance pour être jugées sur la base de ces conclusions.

ANNEXE A

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27 (version en vigueur à l'époque)

3. (1) [Objet en matière d'immigration] En matière d'immigration, la présente loi a pour objet :

- a) de permettre au Canada de retirer de l'immigration le maximum d'avantages sociaux, culturels et économiques;
- b) d'enrichir et de renforcer le tissu social et culturel du Canada dans le respect de son caractère fédéral, bilingue et multiculturel;
- b.1) de favoriser le développement des collectivités de langues officielles minoritaires au Canada;
- c) de favoriser le développement économique et la prospérité du Canada et de faire en sorte que toutes les régions puissent bénéficier des avantages économiques découlant de l'immigration;
- d) de veiller à la réunification des familles au Canada;
- e) de promouvoir l'intégration des résidents permanents au Canada, compte tenu du fait que cette intégration

integration involves mutual obligations for new immigrants and Canadian society;

(f) to support, by means of consistent standards and prompt processing, the attainment of immigration goals established by the Government of Canada in consultation with the provinces;

(g) to facilitate the entry of visitors, students and temporary workers for purposes such as trade, commerce, tourism, international understanding and cultural, educational and scientific activities;

(h) to protect the health and safety of Canadians and to maintain the security of Canadian society;

(i) to promote international justice and security by fostering respect for human rights and by denying access to Canadian territory to persons who are criminals or security risks; and

(j) to work in cooperation with the provinces to secure better recognition of the foreign credentials of permanent residents and their more rapid integration into society.

(2) [Objectives — refugees] The objectives of this Act with respect to refugees are

(a) to recognize that the refugee program is in the first instance about saving lives and offering protection to the displaced and persecuted;

(b) to fulfil Canada's international legal obligations with respect to refugees and affirm Canada's commitment to international efforts to provide assistance to those in need of resettlement;

(c) to grant, as a fundamental expression of Canada's humanitarian ideals, fair consideration to those who come to Canada claiming persecution;

(d) to offer safe haven to persons with a well-founded fear of persecution based on race, religion, nationality, political opinion or membership in a particular social group, as well as those at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment;

(e) to establish fair and efficient procedures that will maintain the integrity of the Canadian refugee protection system, while upholding Canada's respect for the

suppose des obligations pour les nouveaux arrivants et pour la société canadienne;

f) d'atteindre, par la prise de normes uniformes et l'application d'un traitement efficace, les objectifs fixés pour l'immigration par le gouvernement fédéral après consultation des provinces;

g) de faciliter l'entrée des visiteurs, étudiants et travailleurs temporaires qui viennent au Canada dans le cadre d'activités commerciales, touristiques, culturelles, éducatives, scientifiques ou autres, ou pour favoriser la bonne entente à l'échelle internationale;

h) de protéger la santé des Canadiens et de garantir leur sécurité;

i) de promouvoir, à l'échelle internationale, la justice et la sécurité par le respect des droits de la personne et l'interdiction de territoire aux personnes qui sont des criminels ou constituent un danger pour la sécurité;

j) de veiller, de concert avec les provinces, à aider les résidents permanents à mieux faire reconnaître leurs titres de compétence et à s'intégrer plus rapidement à la société.

(2) [Objet relatif aux réfugiés] S'agissant des réfugiés, la présente loi a pour objet :

a) de reconnaître que le programme pour les réfugiés vise avant tout à sauver des vies et à protéger les personnes de la persécution;

b) de remplir les obligations en droit international du Canada relatives aux réfugiés et aux personnes déplacées et d'affirmer la volonté du Canada de participer aux efforts de la communauté internationale pour venir en aide aux personnes qui doivent se réinstaller;

c) de faire bénéficier ceux qui fuient la persécution d'une procédure équitable reflétant les idéaux humanitaires du Canada;

d) d'offrir l'asile à ceux qui craignent avec raison d'être persécutés du fait de leur race, leur religion, leur nationalité, leurs opinions politiques, leur appartenance à un groupe social en particulier, ainsi qu'à ceux qui risquent la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités;

e) de mettre en place une procédure équitable et efficace qui soit respectueuse, d'une part, de l'intégrité du processus canadien d'asile et, d'autre part, des

human rights and fundamental freedoms of all human beings;

(f) to support the self-sufficiency and the social and economic well-being of refugees by facilitating reunification with their family members in Canada;

(g) to protect the health and safety of Canadians and to maintain the security of Canadian society; and

(h) to promote international justice and security by denying access to Canadian territory to persons, including refugee claimants, who are security risks or serious criminals.

(3) [Application] This Act is to be construed and applied in a manner that

(a) furthers the domestic and international interests of Canada;

(b) promotes accountability and transparency by enhancing public awareness of immigration and refugee programs;

(c) facilitates cooperation between the Government of Canada, provincial governments, foreign states, international organizations and non-governmental organizations;

(d) ensures that decisions taken under this Act are consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, including its principles of equality and freedom from discrimination and of the equality of English and French as the official languages of Canada;

(e) supports the commitment of the Government of Canada to enhance the vitality of the English and French linguistic minority communities in Canada; and

(f) complies with international human rights instruments to which Canada is signatory.

37. (1) [Organized criminality] A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of organized criminality for

(a) being a member of an organization that is believed on reasonable grounds to be or to have been engaged in activity that is part of a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting

droits et des libertés fondamentales reconnus à tout être humain;

f) d'encourager l'autonomie et le bien-être socioéconomique des réfugiés en facilitant la réunification de leurs familles au Canada;

g) de protéger la santé des Canadiens et de garantir leur sécurité;

h) de promouvoir, à l'échelle internationale, la sécurité et la justice par l'interdiction du territoire aux personnes et demandeurs d'asile qui sont de grands criminels ou constituent un danger pour la sécurité.

(3) [Interprétation et mise en œuvre] L'interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet :

a) de promouvoir les intérêts du Canada sur les plans intérieur et international;

b) d'encourager la responsabilisation et la transparence par une meilleure connaissance des programmes d'immigration et de ceux pour les réfugiés;

c) de faciliter la coopération entre le gouvernement fédéral, les gouvernements provinciaux, les États étrangers, les organisations internationales et les organismes non gouvernementaux;

d) d'assurer que les décisions prises en vertu de la présente loi sont conformes à la *Charte canadienne des droits et libertés*, notamment en ce qui touche les principes, d'une part, d'égalité et de protection contre la discrimination et, d'autre part, d'égalité du français et de l'anglais à titre de langues officielles du Canada;

e) de soutenir l'engagement du gouvernement du Canada à favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones du Canada;

f) de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire.

37. (1) [Activités de criminalité organisée] Emportent interdiction de territoire pour criminalité organisée les faits suivants :

a) être membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre ou s'est livrée à des activités faisant partie d'un plan d'activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant

in concert in furtherance of the commission of an offence punishable under an Act of Parliament by way of indictment, or in furtherance of the commission of an offence outside Canada that, if committed in Canada, would constitute such an offence, or engaging in activity that is part of such a pattern; or

(b) engaging, in the context of transnational crime, in activities such as people smuggling, trafficking in persons or money laundering.

. . . .

PART 3

ENFORCEMENT

Human Smuggling and Trafficking

117. (1) [Organizing entry into Canada] No person shall knowingly organize, induce, aid or abet the coming into Canada of one or more persons who are not in possession of a visa, passport or other document required by this Act.

(2) [Penalties — fewer than 10 persons] A person who contravenes subsection (1) with respect to fewer than 10 persons is guilty of an offence and liable

(a) on conviction on indictment

(i) for a first offence, to a fine of not more than \$500,000 or to a term of imprisonment of not more than 10 years, or to both, or

(ii) for a subsequent offence, to a fine of not more than \$1,000,000 or to a term of imprisonment of not more than 14 years, or to both; and

(b) on summary conviction, to a fine of not more than \$100,000 or to a term of imprisonment of not more than two years, or to both.

(3) [Penalty — 10 persons or more] A person who contravenes subsection (1) with respect to a group of 10 persons or more is guilty of an offence and liable on conviction by way of indictment to a fine of not more than \$1,000,000 or to life imprisonment, or to both.

(4) [No proceedings without consent] No proceedings for an offence under this section may be instituted

de concert en vue de la perpétration d'une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation ou de la perpétration, hors du Canada, d'une infraction qui, commise au Canada, constituerait une telle infraction, ou se livrer à des activités faisant partie d'un tel plan;

(b) se livrer, dans le cadre de la criminalité transnationale, à des activités telles le passage de clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité.

. . . .

PARTIE 3

EXÉCUTION

Organisation d'entrée illégale au Canada

117. (1) [Entrée illégale] Commet une infraction qui-conque sciemment organise l'entrée au Canada d'une ou plusieurs personnes non munies des documents — passeport, visa ou autre — requis par la présente loi ou incite, aide ou encourage une telle personne à entrer au Canada.

(2) [Peines] L'auteur de l'infraction visant moins de dix personnes est passible, sur déclaration de culpabilité :

a) par mise en accusation :

(i) pour une première infraction, d'une amende maximale de cinq cent mille dollars et d'un emprisonnement maximal de dix ans, ou de l'une de ces peines,

(ii) en cas de récidive, d'une amende maximale de un million de dollars et d'un emprisonnement maximal de quatorze ans, ou de l'une de ces peines;

b) par procédure sommaire, d'une amende maximale de cent mille dollars et d'un emprisonnement maximal de deux ans, ou de l'une de ces peines.

(3) [Peines] L'auteur de l'infraction visant un groupe de dix personnes et plus est passible, sur déclaration de culpabilité par mise en accusation, d'une amende maximale de un million de dollars et de l'emprisonnement à perpétuité, ou de l'une de ces peines.

(4) [Consentement du procureur général du Canada] Il n'est engagé aucune poursuite pour une infraction prévue

except by or with the consent of the Attorney General of Canada.

118. (1) [Offence — trafficking in persons] No person shall knowingly organize the coming into Canada of one or more persons by means of abduction, fraud, deception or use or threat of force or coercion.

(2) [Definition of “organize”] For the purpose of subsection (1), “organize”, with respect to persons, includes their recruitment or transportation and, after their entry into Canada, the receipt or harbouring of those persons.

121. (1) [Aggravating factors] The court, in determining the penalty to be imposed under subsection 117(2) or (3) or section 120, shall take into account whether

(a) bodily harm or death occurred during the commission of the offence;

(b) the commission of the offence was for the benefit of, at the direction of or in association with a criminal organization;

(c) the commission of the offence was for profit, whether or not any profit was realized; and

(d) a person was subjected to humiliating or degrading treatment, including with respect to work or health conditions or sexual exploitation as a result of the commission of the offence.

(2) [Definition of “criminal organization”] For the purposes of paragraph (1)(b), “criminal organization” means an organization that is believed on reasonable grounds to be or to have been engaged in activity that is part of a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting in concert in furtherance of the commission of an offence punishable under an Act of Parliament by way of indictment or in furtherance of the commission of an offence outside Canada that, if committed in Canada, would constitute such an offence.

133. [Deferral] A person who has claimed refugee protection, and who came to Canada directly or indirectly from the country in respect of which the claim is made, may not be charged with an offence under section 122, paragraph 124(1)(a) or section 127 of this Act or under section 57, paragraph 340(c) or section 354, 366, 368, 374 or 403 of the *Criminal Code*, in relation to the coming into Canada of the person, pending disposition of

au présent article sans le consentement du procureur général du Canada.

118. (1) [Trafic de personnes] Commet une infraction quiconque sciemment organise l’entrée au Canada d’une ou plusieurs personnes par fraude, tromperie, enlèvement ou menace ou usage de la force ou de toute autre forme de coercition.

(2) [Sens de « organisation »] Sont assimilés à l’organisation le recrutement des personnes, leur transport à destination du Canada et, après l’entrée, à l’intérieur du pays, ainsi que l’accueil et l’hébergement de celles-ci.

121. (1) [Infliction de la peine] Le tribunal tient compte, dans l’infliction de la peine visée aux paragraphes 117(2) et (3) et à l’article 120, des facteurs suivants :

a) la mort est survenue ou des blessures ont été infligées;

b) l’infraction a été commise au profit ou sous la direction d’une organisation criminelle ou en association avec elle;

c) l’infraction a été commise en vue de tirer un profit, que celui-ci ait été ou non réalisé;

d) la personne est soumise à tout traitement dégradant ou attentatoire à la dignité humaine, notamment en ce qui touche les activités professionnelles, la santé ou l’exploitation sexuelle.

(2) [Définition de « organisation criminelle »] On entend par organisation criminelle l’organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle se livre ou s’est livrée à des activités faisant partie d’un plan d’activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d’une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation ou de la perpétration, hors du Canada, d’une infraction qui, commise au Canada, constituerait une telle infraction.

133. [Immunité] L’auteur d’une demande d’asile ne peut, tant qu’il n’est statué sur sa demande, ni une fois que l’asile lui est conféré, être accusé d’une infraction visée à l’article 122, à l’alinéa 124(1)a) ou à l’article 127 de la présente loi et à l’article 57, à l’alinéa 340c) ou aux articles 354, 366, 368, 374 ou 403 du *Code criminel*, dès lors qu’il est arrivé directement ou indirectement au Canada du pays duquel il cherche à être protégé et à la

their claim for refugee protection or if refugee protection is conferred.

condition que l'infraction ait été commise à l'égard de son arrivée au Canada.

APPENDIX B

ANNEXE B

Convention relating to the Status of Refugees, 189 U.N.T.S. 150

Convention relative au statut des réfugiés, 189 R.T.N.U. 150

Article 31

Article 31

REFUGEES UNLAWFULLY IN THE COUNTRY OF REFUGE

RÉFUGIÉS EN SITUATION IRRÉGULIÈRE DANS LE PAYS D'ACCUEIL

1. The Contracting States shall not impose penalties, on account of their illegal entry or presence, on refugees who, coming directly from a territory where their life or freedom was threatened in the sense of article 1, enter or are present in their territory without authorization, provided they present themselves without delay to the authorities and show good cause for their illegal entry or presence.

1. Les États Contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irréguliers, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée au sens prévu par l'article premier, entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulières.

. . .

. . .

Article 33

Article 33

PROHIBITION OF EXPULSION OR RETURN ("REFOULEMENT")

DÉFENSE D'EXPULSION ET DE REFOULEMENT

1. No Contracting State shall expel or return ("refouler") a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.

1. Aucun des États Contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.

2. The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country.

2. Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays.

United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2225 U.N.T.S. 209

Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, 2225 R.T.N.U. 209

Article 1. Statement of purpose

Article premier. Objet

The purpose of this Convention is to promote cooperation to prevent and combat transnational organized crime more effectively.

L'objet de la présente Convention est de promouvoir la coopération afin de prévenir et de combattre plus efficacement la criminalité transnationale organisée.

Article 5. Criminalization of participation in an organized criminal group

1. Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally:

(a) Either or both of the following as criminal offences distinct from those involving the attempt or completion of the criminal activity:

(i) Agreeing with one or more other persons to commit a serious crime for a purpose relating directly or indirectly to the obtaining of a financial or other material benefit and, where required by domestic law, involving an act undertaken by one of the participants in furtherance of the agreement or involving an organized criminal group;

(ii) Conduct by a person who, with knowledge of either the aim and general criminal activity of an organized criminal group or its intention to commit the crimes in question, takes an active part in:

a. Criminal activities of the organized criminal group;

b. Other activities of the organized criminal group in the knowledge that his or her participation will contribute to the achievement of the above-described criminal aim;

(b) Organizing, directing, aiding, abetting, facilitating or counselling the commission of serious crime involving an organized criminal group.

2. The knowledge, intent, aim, purpose or agreement referred to in paragraph 1 of this article may be inferred from objective factual circumstances.

3. States Parties whose domestic law requires involvement of an organized criminal group for purposes of the offences established in accordance with paragraph 1 (a) (i) of this article shall ensure that their domestic law covers all serious crimes involving organized criminal groups. Such States Parties, as well as States Parties whose domestic law requires an act in furtherance of the agreement for purposes of the offences established in accordance with paragraph 1 (a) (i) of this article, shall so inform the Secretary-General of the United Nations at the time of their signature or of deposit of their instrument of ratification, acceptance or approval of or accession to this Convention.

Article 5. Incrimination de la participation à un groupe criminel organisé

1. Chaque État Partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque commis intentionnellement :

a) À l'un ou l'autre des actes suivants ou aux deux, en tant qu'infractions pénales distinctes de celles impliquant une tentative d'activité criminelle ou sa consommation :

i) Au fait de s'entendre avec une ou plusieurs personnes en vue de commettre une infraction grave à une fin liée directement ou indirectement à l'obtention d'un avantage financier ou autre avantage matériel et, lorsque le droit interne l'exige, impliquant un acte commis par un des participants en vertu de cette entente ou impliquant un groupe criminel organisé;

ii) À la participation active d'une personne ayant connaissance soit du but et de l'activité criminelle générale d'un groupe criminel organisé soit de son intention de commettre les infractions en question :

a. Aux activités criminelles du groupe criminel organisé;

b. À d'autres activités du groupe criminel organisé lorsque cette personne sait que sa participation contribuera à la réalisation du but criminel susmentionné;

b) Au fait d'organiser, de diriger, de faciliter, d'encourager ou de favoriser au moyen d'une aide ou de conseils la commission d'une infraction grave impliquant un groupe criminel organisé.

2. La connaissance, l'intention, le but, la motivation ou l'entente visés au paragraphe 1 du présent article peuvent être déduits de circonstances factuelles objectives.

3. Les États Parties dont le droit interne subordonne l'établissement des infractions visées à l'alinéa a) i) du paragraphe 1 du présent article à l'implication d'un groupe criminel organisé veillent à ce que leur droit interne couvre toutes les infractions graves impliquant des groupes criminels organisés. Ces États Parties, de même que les États Parties dont le droit interne subordonne l'établissement des infractions visées à l'alinéa a) i) du paragraphe 1 du présent article à la commission d'un acte en vertu de l'entente, portent cette information à la connaissance du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies au moment où ils signent la présente Convention ou déposent leurs instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation ou d'adhésion.

Article 34. Implementation of the Convention

1. Each State Party shall take the necessary measures, including legislative and administrative measures, in accordance with fundamental principles of its domestic law, to ensure the implementation of its obligations under this Convention.

2. The offences established in accordance with articles 5, 6, 8 and 23 of this Convention shall be established in the domestic law of each State Party independently of the transnational nature or the involvement of an organized criminal group as described in article 3, paragraph 1, of this Convention, except to the extent that article 5 of this Convention would require the involvement of an organized criminal group.

3. Each State Party may adopt more strict or severe measures than those provided for by this Convention for preventing and combating transnational organized crime.

Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2241 U.N.T.S. 480

Article 2. Statement of purpose

The purpose of this Protocol is to prevent and combat the smuggling of migrants, as well as to promote cooperation among States Parties to that end, while protecting the rights of smuggled migrants.

Article 3. Use of terms

For the purposes of this Protocol:

(a) “Smuggling of migrants” shall mean the procurement, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a State Party of which the person is not a national or a permanent resident;

Article 6. Criminalization

1. Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal

Article 34. Application de la Convention

1. Chaque État Partie prend les mesures nécessaires, y compris législatives et administratives, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, pour assurer l’exécution de ses obligations en vertu de la présente Convention.

2. Les infractions établies conformément aux articles 5, 6, 8 et 23 de la présente Convention sont établies dans le droit interne de chaque État Partie indépendamment de leur nature transnationale ou de l’implication d’un groupe criminel organisé comme énoncé au paragraphe 1 de l’article 3 de la présente Convention, sauf dans la mesure où, conformément à l’article 5 de la présente Convention, serait requise l’implication d’un groupe criminel organisé.

3. Chaque État Partie peut adopter des mesures plus strictes ou plus sévères que celles qui sont prévues par la présente Convention afin de prévenir et de combattre la criminalité transnationale organisée.

Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, 2241 R.T.N.U. 480

Article 2. Objet

Le présent Protocole a pour objet de prévenir et combattre le trafic illicite de migrants, ainsi que de promouvoir la coopération entre les États Parties à cette fin, tout en protégeant les droits des migrants objet d’un tel trafic.

Article 3. Terminologie

Aux fins du présent Protocole :

a) L’expression « trafic illicite de migrants » désigne le fait d’assurer, afin d’en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel, l’entrée illégale dans un État Partie d’une personne qui n’est ni un ressortissant ni un résident permanent de cet État;

Article 6. Incrimination

1. Chaque État Partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d’infraction

offences, when committed intentionally and in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit:

- (a) The smuggling of migrants;

. . .

3. Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as aggravating circumstances to the offences established in accordance with paragraph 1 (a), (b) (i) and (c) of this article and, subject to the basic concepts of its legal system, to the offences established in accordance with paragraph 2 (b) and (c) of this article, circumstances:

(a) That endanger, or are likely to endanger, the lives or safety of the migrants concerned; or

(b) That entail inhuman or degrading treatment, including for exploitation, of such migrants.

4. Nothing in this Protocol shall prevent a State Party from taking measures against a person whose conduct constitutes an offence under its domestic law.

Appeals allowed.

Solicitors for the appellant Francis Anthonimuthu Appulonappa: Fiona Begg, Vancouver; Maria Sokolova, Vancouver.

Solicitors for the appellant Hamalraj Handasamy: Edlmann & Co. Law Offices, Vancouver.

Solicitors for the appellant Jeyachandran Kanagarajah: Rankin & Bond, Vancouver.

Solicitors for the appellant Vignarajah Thevarajah: Gregory P. DelBigio, Q.C., Vancouver; Lisa Sturgess, 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.

pénale, lorsque les actes ont été commis intentionnellement et pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou autre avantage matériel :

- a) Au trafic illicite de migrants;

. . .

3. Chaque État Partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère de circonstance aggravante des infractions établies conformément aux alinéas a), b) i) et c) du paragraphe 1 du présent article et, sous réserve des concepts fondamentaux de son système juridique, des infractions établies conformément aux alinéas b) et c) du paragraphe 2 du présent article :

a) Au fait de mettre en danger ou de risquer de mettre en danger la vie ou la sécurité des migrants concernés; ou

b) Au traitement inhumain ou dégradant de ces migrants, y compris pour l'exploitation.

4. Aucune disposition du présent Protocole n'empêche un État Partie de prendre des mesures contre une personne dont les actes constituent, dans son droit interne, une infraction.

Pourvois accueillis.

Procureurs de l'appellant Francis Anthonimuthu Appulonappa : Fiona Begg, Vancouver; Maria Sokolova, Vancouver.

Procureurs de l'appellant Hamalraj Handasamy : Edlmann & Co. Law Offices, Vancouver.

Procureurs de l'appellant Jeyachandran Kanagarajah : Rankin & Bond, Vancouver.

Procureurs de l'appellant Vignarajah Thevarajah : Gregory P. DelBigio, c.r., Vancouver; Lisa Sturgess, 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.

Solicitors for the intervener Amnesty International (Canadian Section, English Branch): South Ottawa Community Legal Services, Ottawa; Community Legal Services Ottawa Centre, Ottawa.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Council for Refugees: Angus Grant, Toronto; Refugee Law Office, Toronto; Laura Best & Fadi Yachoua, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Refugee Lawyers: Refugee Law Office, Toronto; University of Ottawa, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Amnesty International (Canadian Section, English Branch) : Services juridiques communautaires du Sud d'Ottawa, Ottawa; Services juridiques communautaires du Centre d'Ottawa, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés : Angus Grant, Toronto; Refugee Law Office, Toronto; Laura Best & Fadi Yachoua, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés : Refugee Law Office, Toronto; Université d'Ottawa, Ottawa.

Canadian Imperial Bank of Commerce
Appellant

v.

Howard Green and Anne Bell *Respondents*

and

**Gerald McCaughey, Tom Woods,
Brian G. Shaw and Ken Kilgour** *Appellants*

v.

Howard Green and Anne Bell *Respondents*

and

**Canadian Foundation for Advancement
of Investor Rights, Shareholder Association
for Research and Education,
Ontario Securities Commission and
Insurance Bureau of Canada** *Interveners*

- and -

**IMAX Corporation, Richard L. Gelfond,
Bradley J. Wechsler, Francis T. Joyce,
Neil S. Braun, Kenneth G. Copland,
Garth M. Girvan, David W. Leebron and
Kathryn A. Gamble** *Appellants*

v.

**Marvin Neil Silver
and Cliff Cohen** *Respondents*

and

**Canadian Foundation for Advancement
of Investor Rights and
Ontario Securities Commission** *Interveners*

**Banque Canadienne Impériale
de Commerce** *Appelante*

c.

Howard Green et Anne Bell *Intimés*

et

**Gerald McCaughey, Tom Woods,
Brian G. Shaw et Ken Kilgour** *Appellants*

c.

Howard Green et Anne Bell *Intimés*

et

**Fondation canadienne pour l'avancement
des droits des investisseurs,
Shareholder Association for Research
and Education, Commission des
valeurs mobilières de l'Ontario et
Bureau d'assurance du Canada** *Intervenants*

- et -

**IMAX Corporation, Richard L. Gelfond,
Bradley J. Wechsler, Francis T. Joyce,
Neil S. Braun, Kenneth G. Copland,
Garth M. Girvan, David W. Leebron et
Kathryn A. Gamble** *Appellants*

c.

**Marvin Neil Silver
et Cliff Cohen** *Intimés*

et

**Fondation canadienne pour l'avancement
des droits des investisseurs et
Commission des valeurs mobilières
de l'Ontario** *Intervenantes*

- and -

**Celestica Inc., Stephen W. Delaney and
Anthony P. Puppi** *Appellants*

v.

**Trustees of the Millwright Regional Council
of Ontario Pension Trust Fund** *Respondent*

and

**Celestica Inc., Stephen W. Delaney and
Anthony P. Puppi** *Appellants*

v.

Nabil Berzi *Respondent*

and

**Celestica Inc., Stephen W. Delaney and
Anthony P. Puppi** *Appellants*

v.

Huacheng Xing *Respondent*

and

**Canadian Foundation for Advancement
of Investor Rights and
Ontario Securities Commission** *Interveners*

**INDEXED AS: CANADIAN IMPERIAL BANK OF
COMMERCE v. GREEN**

2015 SCC 60

File Nos.: 35807, 35811, 35813.

2015: February 9; 2015: December 4.

Present: McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell,
Moldaver, Karakatsanis, Gascon and Côté JJ.

- et -

**Celestica Inc., Stephen W. Delaney et
Anthony P. Puppi** *Appelants*

c.

**Fiduciaires de la caisse de retraite en fiducie
du Millwright Regional Council
of Ontario** *Intimé*

et

**Celestica Inc., Stephen W. Delaney et
Anthony P. Puppi** *Appelants*

c.

Nabil Berzi *Intimé*

et

**Celestica Inc., Stephen W. Delaney et
Anthony P. Puppi** *Appelants*

c.

Huacheng Xing *Intimé*

et

**Fondation canadienne pour l'avancement
des droits des investisseurs et
Commission des valeurs mobilières
de l'Ontario** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : BANQUE CANADIENNE IMPÉRIALE DE
COMMERCE c. GREEN**

2015 CSC 60

N^{os} du greffe : 35807, 35811, 35813.

2015 : 9 février; 2015 : 4 décembre.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Securities — Class actions — Limitation of actions — Statutory action for secondary market misrepresentation — Suspension of limitation period — Plaintiffs in three class proceedings claiming damages under common law tort of negligent misrepresentation and under statutory cause of action for secondary market misrepresentation in s. 138.3 of Securities Act — Leave required to commence statutory action under s. 138.8 of Securities Act — Limitation period for statutory action expiring prior to leave being granted — Whether s. 28 of Class Proceedings Act, 1992, operates to suspend limitation period applicable to statutory action before leave to commence statutory action is granted — Whether statutory action time-barred — If yes, whether statutory action can be saved by order granting leave nunc pro tunc or doctrine of special circumstances — Whether threshold of reasonable possibility of success applies for leave to commence statutory action under s. 138.3 of Securities Act — Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6, s. 28 — Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5, ss. 138.3, 138.8, 138.14.

Civil procedure — Class actions — Preferable procedure — Plaintiffs in three class proceedings claiming damages under common law tort of negligent misrepresentation and under statutory cause of action for secondary market misrepresentation — Whether Court of Appeal erred in holding that five of seven common issues relating to common law misrepresentation claim should be certified.

The appeals in these three cases (*CIBC*, *IMAX* and *Celestica*) stem from motions in class proceedings brought before different judges of the Ontario Superior Court of Justice. In each case, the respondent plaintiffs claimed damages under the common law tort of negligent misrepresentation and pleaded an intention to claim damages under the statutory cause of action in s. 138.3 of Part XXIII.1 of the Ontario *Securities Act* (“*OSA*”) for alleged misrepresentations in respect of shares trading in the secondary market. None of the plaintiffs obtained leave to commence the statutory action, required under

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

Valeurs mobilières — Recours collectifs — Prescription — Action prévue par la loi pour présentation inexacte des faits sur le marché secondaire — Suspension du délai de prescription — Dommages-intérêts réclamés par les demandeurs dans trois recours collectifs pour délit de déclaration inexacte faite par négligence en common law et sur le fondement de la cause d’action pour présentation inexacte des faits sur le marché secondaire en vertu de l’art. 138.3 de la Loi sur les valeurs mobilières — Autorisation requise par l’art. 138.8 de la Loi sur les valeurs mobilières pour intenter l’action prévue par la loi — Délai de prescription pour intenter l’action échu avant que l’autorisation ne soit accordée — L’article 28 de la Loi de 1992 sur les recours collectifs a-t-il pour effet de suspendre le délai de prescription applicable à l’action prévue par la loi avant que l’autorisation d’intenter celle-ci ne soit accordée? — L’action prévue par la loi est-elle prescrite? — Si oui, peut-elle être sauvegardée par une ordonnance accordant l’autorisation nunc pro tunc ou par la doctrine des circonstances particulières? — Le critère préliminaire de la possibilité raisonnable d’avoir gain de cause s’applique-t-il à la demande d’autorisation d’intenter une action en vertu de l’art. 138.3 de la Loi sur les valeurs mobilières? — Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, c. 6, art. 28 — Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O. 1990, c. S.5, art. 138.3, 138.8, 138.14.

Procédure civile — Recours collectifs — Procédure constituant le meilleur moyen — Dommages-intérêts réclamés par les demandeurs dans trois recours collectifs pour délit de déclaration inexacte faite par négligence en common law et sur le fondement de la cause d’action pour présentation inexacte des faits sur le marché secondaire — La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en concluant que cinq des sept questions communes relatives à une réclamation pour déclaration inexacte en common law devaient être autorisées?

Les pourvois dans ces trois causes (*CIBC*, *IMAX* et *Celestica*) découlent de motions dans le cadre de recours collectifs présentées devant des juges différents de la Cour supérieure de justice de l’Ontario. Dans chacune des causes, les demandeurs intimés réclamaient des dommages-intérêts fondés sur le délit de déclaration inexacte faite par négligence en common law et ont plaidé qu’ils avaient l’intention de réclamer des dommages-intérêts en se fondant sur la cause d’action prévue à l’art. 138.3 de la partie XXIII.1 de la *Loi sur les valeurs mobilières* («*LVM*») de l’Ontario pour la présentation présumément

s. 138.8 *OSA*, before commencing the class proceeding based on the common law cause of action. In all of the cases, the limitation period for the statutory action, if not suspended, would have run out prior to leave being obtained. In *CIBC*, the motion for leave was filed before the expiry of the limitation period; in *IMAX*, the motion for leave was filed and argued before the expiry of the limitation period; and in *Celestica*, the motion for leave was filed after the expiry of the limitation period.

Section 28 of the *Class Proceedings Act, 1992* (“*CPA*”) operates to suspend the limitation period for a cause of action asserted in a class proceeding in favour of the members of a class on the commencement of the class proceeding. During the course of the class proceedings at issue in these appeals, the Ontario Court of Appeal released its decision in another matter, *Sharma v. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569 (“*Timminco*”), in which it interpreted the application of s. 28 *CPA* to the limitation period in s. 138.14 *OSA* for the first time. The panel held that s. 28 *CPA* did not operate to suspend the limitation period in s. 138.14 *OSA* until leave was obtained under s. 138.8 *OSA*. The motion judges considering the issue of leave to commence the statutory action in the present cases found that they were bound by *Timminco*. The motion judges in *IMAX* and *Celestica* applied the common law doctrines of *nunc pro tunc* and special circumstances to save the statutory claims in those proceedings from being statute-barred. The motion judge in *CIBC* found that those doctrines were inapplicable, and that the statutory claim could not be saved.

In *CIBC*, in addition to the limitation period issue, the defendants challenged the threshold that must be met by a plaintiff applying for leave under s. 138.8 *OSA* and the plaintiffs sought certification for seven common issues relating to the common law misrepresentation claim. Despite his finding that the statutory action was statute-barred, the motion judge interpreted s. 138.8 *OSA* as establishing a relatively low threshold. With respect to certification of the issues, the motion judge held that reliance, a necessary element of a common law misrepresentation claim, was not an issue that was capable of

inexacte de faits à l’égard du commerce d’actions sur le marché secondaire. Aucun des demandeurs n’a obtenu l’autorisation d’intenter l’action prévue par la loi (ou action légale), autorisation exigée aux termes de l’art. 138.8 de la *LVM*, avant d’introduire le recours collectif fondé sur la cause d’action en common law. Dans tous les dossiers, le délai de prescription pour intenter l’action prévue par la loi, s’il n’était pas suspendu, aurait expiré avant l’obtention de l’autorisation. Dans *CIBC*, la motion demandant l’autorisation a été déposée dans le délai fixé par la loi; dans *IMAX*, la motion demandant l’autorisation a été déposée et plaidée dans le délai fixé par la loi; dans *Celestica*, la motion demandant l’autorisation a été déposée après l’expiration du délai.

L’article 28 de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* (« *LRC* ») a pour effet de suspendre le délai de prescription applicable à une cause d’action invoquée dans un recours collectif en faveur des membres du groupe à l’introduction du recours collectif. Pendant que les recours collectifs en cause dans les présents pourvois étaient en instance, la Cour d’appel de l’Ontario a rendu sa décision dans une autre affaire, *Sharma c. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569 (« *Timminco* »), où elle a interprété pour la première fois l’application de l’art. 28 de la *LRC* au délai de prescription prévu à l’art. 138.14 de la *LVM*. La formation a statué que l’art. 28 de la *LRC* n’avait pas pour effet de suspendre le délai de prescription prévu à l’art. 138.14 de la *LVM* jusqu’à ce que l’autorisation soit obtenue conformément à l’art. 138.8 de la même loi. Les juges saisis des motions demandant l’autorisation d’intenter l’action prévue par la loi dans les présents dossiers se sont estimés liés par l’arrêt *Timminco*. Les juges saisis des motions dans *IMAX* et *Celestica* ont appliqué les doctrines de *nunc pro tunc* et des circonstances particulières, reconnues en common law, pour empêcher la prescription des actions prévues par la loi dans ces dossiers. Dans *CIBC*, le juge des motions a conclu que ces doctrines n’étaient pas applicables et que l’action prévue par la loi ne pouvait être sauvegardée.

Dans l’affaire *CIBC*, en plus de la question du délai de prescription, les défendeurs ont contesté le critère préliminaire auquel doit satisfaire un demandeur lorsqu’il demande l’autorisation au titre de l’art. 138.8 de la *LVM* et les demandeurs ont sollicité la certification du recours collectif quant à sept questions communes relatives à la réclamation pour déclaration inexacte en common law. Même s’il a conclu que l’action prévue par la loi était prescrite, le juge des motions a jugé que l’art. 138.8 de la *LVM* établit un critère préliminaire relativement peu élevé. Quant à la certification des questions, le juge des

resolution on a common basis, and that a class proceeding would not be the preferable procedure for resolving a reliance-based claim. He refused to certify all seven issues relating to the common law misrepresentation claim.

On appeal, the three cases were heard together by a five-member panel of the Ontario Court of Appeal. The panel unanimously overruled the interpretation of *Timminco*, holding that s. 28 *CPA* operates to suspend the limitation period for all class members once the statutory cause of action is asserted in a class proceeding by a representative plaintiff, even if leave has not yet been granted under s. 138.8 *OSA*, as long as the facts that found the action and the intent to seek leave to commence the action have been pleaded. As a result, the court concluded that in all three cases, the plaintiffs' statutory claims for secondary market misrepresentation were not statute-barred. With respect to the threshold to be met for leave to be granted under s. 138.8 *OSA*, the Court of Appeal upheld the interpretation of the motion judge in *CIBC*. Finally, the Court of Appeal upheld the motion judge's decision in *CIBC* not to certify the issues relating to reliance and damages, but it held that five out of the seven issues proposed by the plaintiffs related to the intent and conduct of the defendant *CIBC* and should be certified as against that defendant in order to advance the litigation against it.

Held (McLachlin C.J. and Rothstein and Côté JJ. dissenting in part): The appeals in *CIBC* should be dismissed. McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell and Côté JJ. find that the statutory action is time-barred. McLachlin C.J. and Rothstein and Côté JJ. would allow the appeals on this issue. Cromwell J. would grant leave *nunc pro tunc* and dismiss the appeals. Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ. find that the statutory action is not time-barred and would dismiss the appeals. On the issues of the threshold for leave and the certification of common issues, a unanimous court would dismiss the appeals.

motions a conclu que la question de savoir si une personne s'est fiée aux déclarations inexactes, élément nécessaire du recours de common law pour déclaration inexacte, n'est pas une question susceptible d'être traitée collectivement et qu'un recours collectif ne serait pas le meilleur moyen de régler une action fondée sur le fait que le demandeur s'est fié aux déclarations. Il a refusé de certifier les sept questions relatives à l'action en common law pour déclaration inexacte.

En appel, les trois affaires ont été instruites ensemble par une formation de cinq juges de la Cour d'appel de l'Ontario. La formation a infirmé à l'unanimité l'arrêt *Timminco*, jugeant que l'art. 28 de la *LRC* a pour effet de suspendre le délai de prescription applicable à tous les membres du groupe dès qu'un représentant des demandeurs invoque la cause d'action légale dans un recours collectif, et ce, même si l'autorisation n'a pas encore été accordée en application de l'art. 138.8 de la *LVM*, pourvu que les faits à l'origine de l'action et l'intention de demander l'autorisation d'intenter l'action aient été plaidés. Par conséquent, la Cour d'appel a conclu que dans les trois cas, les actions prévues par la loi intentées par les demandeurs pour déclaration inexacte des faits sur le marché secondaire n'étaient pas prescrites. Quant au critère préliminaire auquel il faut satisfaire pour que l'autorisation soit accordée en application de l'art. 138.8 de la *LVM*, la Cour d'appel a confirmé l'interprétation du juge des motions dans *CIBC*. Enfin, la Cour d'appel a confirmé la décision du juge des motions dans *CIBC* de ne pas certifier les questions relatives au fait de se fier aux déclarations et relatives aux dommages-intérêts, mais elle a conclu que cinq des sept questions proposées par les demandeurs se rapportaient à l'intention et à la conduite de la défenderesse *CIBC* et devaient être certifiées à l'encontre de cette défenderesse pour que la poursuite engagée contre elle aille de l'avant.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Côté sont dissidents en partie) : Les pourvois dans l'affaire *CIBC* sont rejetés. La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell et Côté concluent que l'action prévue par la *LVM* est prescrite. La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Côté sont d'avis d'accueillir les pourvois sur cette question. Le juge Cromwell est d'avis d'accorder l'autorisation *nunc pro tunc* et de rejeter les pourvois. Les juges Moldaver, Karakatsanis et Gascon concluent que l'action prévue par la loi n'est pas prescrite et sont d'avis de rejeter les pourvois. Quant aux questions du critère préliminaire d'autorisation et de la certification des questions communes, les juges, à l'unanimité, sont d'avis de rejeter les pourvois.

Held (McLachlin C.J. and Rothstein and Côté JJ. dissenting in part): The appeal in *IMAX* should be dismissed. McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell and Côté JJ. find that the statutory action is time-barred. McLachlin C.J. and Rothstein and Côté JJ. would allow the appeal with respect to the defendants who were not parties to the original statement of claim but would grant leave *nunc pro tunc* and dismiss the appeal with respect to the defendants who were parties to the original statement of claim. Cromwell J. would grant leave *nunc pro tunc* and dismiss the appeal with respect to all defendants. Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ. find that the statutory action is not time-barred and would dismiss the appeal.

Held (Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ. dissenting): The appeal in *Celestica* should be allowed. McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell and Côté JJ. find that the statutory action is time-barred and would allow the appeal. Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ. find that the statutory action is not time-barred and would dismiss the appeal.

The issues are decided as follows:

1. On a majority reasoning by Côté J. (and McLachlin C.J. and Rothstein and Cromwell JJ.), s. 28 *CPA* operates to suspend the limitation period in s. 138.14 *OSA* applicable to a statutory cause of action under s. 138.3 *OSA* at the time when the action is commenced, that is, when leave is granted under s. 138.8 *OSA* in a class proceeding. Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ. (dissenting on this issue) would find that s. 28 *CPA* operates to suspend the limitation period in s. 138.14 *OSA* once the representative plaintiff properly commences a class proceeding for a common law cause of action and pleads the statutory cause of action and its constituent elements in the statement of claim.

2. McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell and Côté JJ. hold that courts have the inherent jurisdiction to issue orders *nunc pro tunc* for leave to proceed with an action where leave is sought prior to the expiry of the limitation period. In *CIBC*, McLachlin C.J. and Rothstein and Côté JJ. would not exercise their discretion to grant such an order, but Cromwell J. would. In *IMAX*, McLachlin C.J. and Rothstein and Côté JJ. are of the view that the motion judge exercised her discretion to grant such an

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Côté sont dissidents en partie) : Le pourvoi dans l'affaire *IMAX* est rejeté. La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell et Côté concluent que l'action prévue par la *LVM* est prescrite. La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Côté sont d'avis d'accueillir le pourvoi à l'endroit des défendeurs qui n'étaient pas parties à la déclaration initiale, mais d'accorder l'autorisation *nunc pro tunc* et de rejeter le pourvoi à l'endroit des défendeurs qui étaient parties à la déclaration initiale. Le juge Cromwell est d'avis d'accorder l'autorisation *nunc pro tunc* et de rejeter le pourvoi à l'endroit de tous les défendeurs. Les juges Moldaver, Karakatsanis et Gascon concluent que l'action prévue par la loi n'est pas prescrite et sont d'avis de rejeter le pourvoi.

Arrêt (les juges Moldaver, Karakatsanis et Gascon sont dissidents) : Le pourvoi dans l'affaire *Celestica* est accueilli. La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell et Côté concluent que l'action prévue par la *LVM* est prescrite et sont d'avis d'accueillir le pourvoi. Les juges Moldaver, Karakatsanis et Gascon concluent que l'action prévue par la loi n'est pas prescrite et sont d'avis de rejeter le pourvoi.

Les questions en litige sont tranchées comme suit :

1. Selon une opinion majoritaire de la juge Côté (avec l'appui de la juge en chef McLachlin et des juges Rothstein et Cromwell), l'art. 28 de la *LRC* a pour effet de suspendre le délai de prescription fixé à l'art. 138.14 de la *LVM* et applicable à l'action prévue par l'art. 138.3 de la *LVM* au moment où l'action est intentée, c'est-à-dire dès lors que l'autorisation exigée par l'art. 138.8 de la *LVM* dans le contexte d'un recours collectif a été accordée. Les juges Moldaver, Karakatsanis et Gascon (dissidents sur ce point) sont d'avis de conclure que l'art. 28 de la *LRC* a pour effet de suspendre le délai de prescription fixé à l'art. 138.14 de la *LVM* dès que le représentant des demandeurs introduit valablement un recours collectif fondé sur une cause d'action en common law et plaide la cause d'action légale et ses éléments constitutifs dans la déclaration.

2. La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell et Côté concluent que les tribunaux disposent d'une compétence inhérente pour rendre des ordonnances *nunc pro tunc* relativement à une demande d'autorisation d'intenter un recours lorsque l'autorisation est sollicitée avant l'expiration du délai de prescription. Dans *CIBC*, la juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Côté sont d'avis de ne pas exercer leur pouvoir discrétionnaire pour rendre une telle ordonnance, mais le juge

order correctly with respect to the defendants who were parties to the original statement of claim, but not in respect of the defendants who were not parties to any statement of claim at the time when argument on the leave application was concluded. Cromwell J. is of the view that the motion judge was correct to exercise her *nunc pro tunc* discretion in respect of all of the defendants. In *Celestica*, McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell and Côté JJ. would deny the *nunc pro tunc* order.

3. McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell and Côté JJ. hold that the doctrine of special circumstances is of no avail to any of the plaintiffs in the three cases since neither the limitation period in s. 138.14 *OSA* nor the leave requirement in s. 138.8 *OSA* can be defeated by amending the pleadings to include a statutory claim under s. 138.3 *OSA*.

4. Unanimous: the threshold that must be met by a plaintiff applying for leave under s. 138.8 *OSA* is that there must be a reasonable or realistic chance that the action will succeed. Moldaver, Cromwell, Karakatsanis and Gascon JJ. find that the *CIBC* plaintiffs have met the required threshold.

5. Unanimous: in *CIBC*, the Court of Appeal did not err in holding that five of the seven common issues proposed by the plaintiffs relating to the common law misrepresentation claim should be certified.

Interaction Between Section 28 CPA and Section 138.14 OSA

Per McLachlin C.J. and Rothstein and Côté JJ. (majority opinion): Pleading an intention to seek leave in respect of a s. 138.3 *OSA* claim in a class proceeding together with a common law cause of action amounts to neither the assertion of the statutory cause of action nor the commencement of a class proceeding for that statutory cause of action under s. 28 *CPA*. Accordingly, the limitation period at s. 138.14 *OSA* cannot be suspended in favour of the class members under s. 28 *CPA* before leave is granted under s. 138.8 *OSA* to commence the statutory action.

Cromwell est d'avis de l'exercer. Dans *IMAX*, la juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Côté sont d'avis que la juge des motions a correctement exercé son pouvoir discrétionnaire de prononcer une telle ordonnance à l'endroit des défendeurs parties à la déclaration initiale, mais pas à l'endroit des défendeurs qui n'étaient parties à aucune déclaration lorsque le débat sur la demande d'autorisation s'est terminé. Le juge Cromwell est d'avis que la juge des motions a eu raison d'exercer son pouvoir discrétionnaire de prononcer une ordonnance *nunc pro tunc* à l'endroit de tous les défendeurs. Dans *Celestica*, la juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell et Côté sont d'avis de refuser de rendre une ordonnance *nunc pro tunc*.

3. La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell et Côté concluent que la doctrine des circonstances spéciales n'est d'aucune utilité pour l'un ou l'autre des demandeurs dans les trois dossiers parce qu'on ne peut faire obstacle ni au délai prescrit à l'art. 138.14 de la *LVM* ni à l'exigence d'autorisation prévue par l'art. 138.8 de cette loi en amendant les actes de procédure pour y inclure l'action prévue à l'art. 138.3 de la *LVM*.

4. Unanimement : selon le critère préliminaire auquel doit satisfaire un demandeur lorsqu'il demande l'autorisation au titre de l'art. 138.8 de la *LVM*, il doit exister une possibilité raisonnable ou réaliste que l'action soit accueillie. Les juges Moldaver, Cromwell, Karakatsanis et Gascon concluent que les demandeurs dans l'affaire *CIBC* ont satisfait à ce critère.

5. Unanimement : dans *CIBC*, la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en concluant que cinq des sept questions communes proposées par les demandeurs quant à la réclamation de common law fondée sur la déclaration inexacte devaient être certifiées.

Interaction entre l'art. 28 de la LRC et l'art. 138.14 de la LVM

La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Côté (opinion majoritaire) : Indiquer une intention de demander une permission à l'égard d'un recours fondé sur l'art. 138.3 de la *LVM* dans un recours collectif en plus de plaider une cause d'action en common law ne revient ni à invoquer la cause d'action statutaire ni à introduire un recours collectif pour cette cause d'action au sens de l'art. 28 de la *LRC*. Le délai de prescription fixé par l'art. 138.14 de la *LVM* ne peut donc être suspendu en faveur des membres du groupe en application de l'art. 28 de la *LRC* avant que la permission d'intenter le recours collectif visée à l'art. 138.8 ait été accordée.

There is no ambiguity in the interaction of s. 28 *CPA* with Part XXIII.1 *OSA*. Section 28 *CPA* requires “a cause of action asserted” in order for the limitation period to be suspended in favour of the class members on the commencement of the class proceeding. The interpretation of the meaning of the word “assert” in s. 28 *CPA* proposed by the Court of Appeal in *Timminco* is correct. The assertion of a cause of action must be premised on the existence of a “right of action”. Given the clear wording of s. 138.3 *OSA*, pleading a factual matrix and an intention to seek leave under s. 138.8 *OSA* cannot amount to the assertion of the statutory cause of action.

Section 28 *CPA* does not operate to suspend the limitation period applicable to a cause of action until the commencement of a class proceeding in which the cause of action is asserted. This commencement cannot occur under Part XXIII.1 *OSA* until leave is granted. Section 138.8(1) *OSA* is clear that no action may be commenced under s. 138.3 without leave of the court.

Even if there was an ambiguity in the wording of the relevant provisions — which there is not — the legislative purpose and structure of those provisions would nonetheless support this conclusion. To hold that s. 28 *CPA* operates to suspend a limitation period for a statutory claim under s. 138.3 *OSA* before leave is obtained would be to circumvent the carefully calibrated purposive balance struck by the limits to the statutory action provided for in Part XXIII.1 *OSA* and render s. 138.8 *OSA* ineffective.

A careful consideration of the context of limitation periods, the *CPA* and Part XXIII.1 *OSA* reveals that the Court of Appeal’s decision in the instant cases broadly undermines the legislative structures and the purposes at stake in these appeals. On the one hand, Part XXIII.1 *OSA* strikes a delicate balance between various market participants: the interests of potential plaintiffs and defendants and of affected long-term shareholders have been weighed considerably and deliberately in light of a desired precise balance between deterrence and compensation. On the other hand, class actions are procedural mechanisms which can only extend the substantive rights of the representative plaintiff to the other class members: before there is a right of action or a suspension of the limitation period flowing from the operation of the statutory scheme itself, the *CPA* cannot be interpreted in such a way as to create either one. Part XXIII.1 *OSA*, the more recent legislation, creates a scheme that is intended to be comprehensive, and was crafted with the *CPA* in

Il n’y a aucune ambiguïté entre l’art. 28 de la *LRC* et la partie XXIII.1 de la *LVM*. L’article 28 de la *LRC* exige « une cause d’action invoquée » pour que le délai de prescription soit suspendu en faveur des membres du groupe à l’introduction du recours collectif. L’interprétation que la Cour d’appel propose, dans *Timminco*, de donner au mot « invoquée » figurant à l’art. 28 de la *LRC* est correcte. L’assertion d’une cause d’action doit reposer sur l’existence d’un « droit d’action ». Vu le libellé clair de l’art. 138.3 de la *LVM*, alléguer un fondement factuel et indiquer une intention de demander la permission en vertu de l’art. 138.8 de la *LVM* ne peuvent signifier invoquer la cause d’action statutaire.

L’article 28 de la *LRC* n’a pas pour effet de suspendre le délai de prescription applicable à une cause d’action avant que le recours collectif invoquant la cause d’action ne soit introduit. Ce recours collectif ne peut être introduit en vertu de la partie XXIII.1 de la *LVM* jusqu’à ce que la permission soit accordée. Le paragraphe 138.8(1) de la *LVM* est clair : une action ne peut être intentée en vertu de l’art. 138.3 qu’avec l’autorisation du tribunal.

Même si le libellé des dispositions pertinentes comportait une ambiguïté — laquelle n’existe pas —, le but et la structure de ces dispositions étayeraient malgré tout cette conclusion. Conclure que l’art. 28 de la *LRC* a pour effet de suspendre un délai de prescription applicable à un recours visé par l’art. 138.3 de la *LVM* avant que la permission n’ait été obtenue contournerait l’équilibre téléologique soigneusement atteint par les limites imposées à l’action statutaire par la partie XXIII.1 de la *LVM* et rendrait inefficace l’art. 138.8 de la *LVM*.

Un examen attentif du contexte des délais de prescription, de la *LRC* et de la partie XXIII.1 de la *LVM* révèle que la décision de la Cour d’appel de l’Ontario dans les présents dossiers mine considérablement la structure et les objectifs du régime statutaire en jeu dans les présents pourvois. D’une part, la partie XXIII.1 de la *LVM* instaure un équilibre délicat entre les différents acteurs du marché. Les intérêts des demandeurs et des défendeurs éventuels, ainsi que des actionnaires à long terme touchés, ont été soupesés consciencieusement et délibérément dans l’optique d’un équilibre précis et voulu entre la dissuasion et l’indemnisation. D’autre part, les recours collectifs sont des véhicules (ou mécanismes) procéduraux qui peuvent uniquement étendre les droits substantiels du représentant des demandeurs aux autres membres du groupe : avant qu’il n’y ait de droit d’action ou suspension du délai de prescription résultant de l’opération du régime statutaire lui-même, la *LRC* ne peut être interprétée de façon à créer l’un ou l’autre.

mind. The purposes associated with the *CPA* — judicial economy, access to the courts and behaviour modification — were each explicitly considered in developing the structure of Part XXIII.1 *OSA*. Policy concerns, as compelling as they are, do not override the plain meaning of the text and the intent of the Ontario legislature. This is not altered by the fact that both the *CPA* and Part XXIII.1 *OSA* are remedial in nature, and should thus be interpreted broadly and purposively. The end result of the legislature's consideration was that the scheme includes a leave requirement that serves as a precondition to the commencement of an action, a limitation period and no requirement to prove reliance on the misrepresentation. The combined effect of these features is to promote efficiency and fairness for both parties.

The interpretation proposed by the Court of Appeal in these cases also significantly affects the protection provided against strike suits, which aims to screen out strike suits as early as possible in the litigation process. The preliminary leave requirement in s. 138.8 *OSA* was added because the usual measures under the *CPA* did not provide appropriate safeguards. Requiring merely that a statutory cause of action be mentioned in an existing class proceeding for the limitation period to be suspended can hardly be said to achieve the intended protection.

Per Cromwell J.: The conclusions of Côté J. on the interpretation of the limitation and leave provisions are agreed with.

Per Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ. (minority opinion): The five-member panel of the Court of Appeal was correct to overturn that court's earlier interpretation of the application of s. 28 *CPA* to the s. 138.14 *OSA* limitation period. As long as the statutory cause of action in Part XXIII.1 *OSA* is asserted in a properly commenced class proceeding, s. 28 *CPA* will suspend the limitation periods applicable to all causes of action asserted — including the limitation period governing the statutory claim — regardless of whether leave has been obtained under s. 138.8 *OSA*.

La partie XXIII.1 de la *LVM*, le texte législatif le plus récent, a instauré un régime se voulant complet et a été rédigée alors que la *LRC* était déjà en vigueur. Les objectifs associés à la *LRC* — l'économie des ressources judiciaires, l'accès aux tribunaux et la modification des comportements — ont chacun été explicitement considérés lorsque la structure de la partie XXIII.1 de la *LVM* a été élaborée. Les considérations de principe, aussi impératives soient-elles, ne peuvent primer le sens clair du texte et l'intention du législateur ontarien. Le fait que la *LRC* et la partie XXIII.1 de la *LVM* soient toutes deux de nature réparatrice et doivent par le fait même recevoir une interprétation large et téléologique n'y change rien. Le résultat final de l'exercice auquel s'est livré le législateur est que le régime statutaire impose l'exigence d'obtenir une permission en guise de condition préalable à l'introduction d'un recours, un délai de prescription et l'absence de nécessité de prouver que le demandeur s'est fié à la déclaration inexacte. La combinaison de ces aspects contribue à l'efficacité et à l'équité envers les deux parties.

L'interprétation proposée par la Cour d'appel dans les présents dossiers modifie également de façon significative la protection accordée contre les poursuites opportunistes et dénuées de fondement qui vise à écarter ce type de poursuites aussitôt que possible dans le processus. L'obligation d'obtenir la permission préliminaire prévue à l'art. 138.8 de la *LVM* a été ajoutée parce que les mécanismes prévus par la *LRC* ne constituaient pas des garanties suffisantes. Accepter que la simple mention d'une cause d'action statutaire dans un recours collectif alors pendant suffit pour faire suspendre le délai de prescription ne permet guère d'atteindre la protection voulue.

Le juge Cromwell : Il y a accord avec les conclusions de la juge Côté sur l'interprétation des dispositions relatives au délai de prescription et à l'autorisation.

Les juges Moldaver, Karakatsanis et Gascon (opinion minoritaire) : La formation de cinq juges de la Cour d'appel a eu raison d'infirmer l'interprétation que cette cour avait donnée précédemment de l'application de l'art. 28 de la *LRC* au délai de prescription prévu par l'art. 138.14 de la *LVM*. Tant que la cause d'action prévue à la partie XXIII.1 de la *LVM* est invoquée dans un recours collectif valablement introduit, l'art. 28 de la *LRC* suspend les délais de prescription applicables à toutes les causes d'action invoquées — y compris le délai de prescription régissant l'action prévue par la loi — que l'autorisation exigée par l'art. 138.8 de la *LVM* ait ou non été obtenue.

This understanding of s. 28 *CPA* best accords with the words, scheme and purpose of the *CPA*, as well as the language, purpose and operation of Part XXIII.1 *OSA*. A harmonious interpretation that respects the ordinary meaning of the text of both the *CPA* and the *OSA* and the context and the purpose of the *CPA*, recognizing its intended application in the securities context, must be sought. As both the *CPA* and Part XXIII.1 *OSA* are remedial in nature, the provisions from those statutes must be interpreted broadly and purposively. Moreover, in analysing the interaction between the laws of one legislature, it must be presumed that the laws are meant to work together, both logically and teleologically, as parts of a functioning whole. The relevant provisions in the *OSA* were enacted after the *CPA*, and it is clear that Part XXIII.1 *OSA* was intended to operate in the context of class proceedings legislation.

Section 28 *CPA* is engaged upon the commencement of a class proceeding with respect to “a cause of action asserted” in the class proceeding. “Assert” has multiple dictionary meanings, and “to assert” is defined variously as “to invoke or enforce a legal right” or “make or enforce a claim to”. The Court of Appeal’s conclusion that “asserting” a cause of action in s. 28 *CPA* refers to “invoking the legal right” or “making the claim” is more consistent with the English and the French text of s. 28 *CPA* and with the context of that provision.

In order to “make the claim” or “invoke the legal right”, the representative plaintiff must plead the essential factual elements required to constitute the cause of action. Section 138.3 provides injured shareholders with four causes of action tied to misrepresentations or the failure to make timely disclosure of a material change. Leave is not one of the factual elements set out in that provision. Therefore, the leave requirement in s. 138.8 *OSA* is not a constituent element of the statutory cause of action set out in s. 138.3 *OSA*. Rather, obtaining leave under s. 138.8 *OSA* is a procedural requirement. It is necessary for the right arising from s. 138.3 to be ultimately exercised, adjudicated at trial and enforced; however, “asserting” the statutory cause of action for the purposes of s. 28 *CPA* does not require the representative plaintiff to first obtain leave. The statutory cause of action can therefore be asserted in a class proceeding statement of claim before leave is obtained.

Cette interprétation de l’art. 28 est celle qui s’accorde le mieux avec le libellé, l’économie et l’objet de la *LRC*, ainsi qu’avec le texte, l’objet et l’application de la partie XXIII.1 de la *LVM*. Il faut rechercher une interprétation harmonieuse qui respecte le sens ordinaire du texte tant de la *LRC* que de la *LVM* ainsi que le contexte et l’objet de la *LRC*, eu égard à la manière dont cette loi est censée s’appliquer dans le domaine des valeurs mobilières. Puisque la *LRC* et la partie XXIII.1 de la *LVM* sont toutes les deux de nature réparatrice, leurs dispositions doivent être interprétées de façon large et fondée sur leur objet. De plus, en analysant la corrélation entre les lois d’un législateur, il faut présumer que ces lois fonctionnent ensemble, tant logiquement que téléologiquement, comme les diverses parties d’un tout. Les dispositions pertinentes de la *LVM* ont été adoptées après la *LRC*, et il est clair que la partie XXIII.1 de la *LVM* était censée s’appliquer dans le contexte de la législation sur les recours collectifs.

L’article 28 de la *LRC* entre en jeu dès l’introduction du recours collectif à l’égard d’« une cause d’action invoquée » dans le recours collectif. Les dictionnaires donnent de nombreuses acceptions du mot anglais « *assert* » qui est défini tantôt comme « invoquer ou faire valoir un droit », tantôt comme « faire ou exécuter une réclamation ». La conclusion de la Cour d’appel selon laquelle le mot « *asserted* », dans la version anglaise de l’art. 28, parlant d’une cause d’action, a le sens d’« invoquer un droit » ou de « faire une réclamation » concorde mieux avec les textes anglais et français de l’art. 28 et le contexte de cette disposition.

Pour « faire la réclamation » ou « invoquer le droit », le représentant des demandeurs doit plaider les éléments de fait essentiels nécessaires pour constituer la cause d’action. L’article 138.3 accorde aux actionnaires lésés quatre causes d’action liées à la présentation inexacte des faits ou au non-respect des obligations d’information occasionnelle portant sur un changement important. L’autorisation ne fait pas partie des éléments de fait décrits dans cette disposition. Par conséquent, la nécessité d’obtenir l’autorisation prévue à l’art. 138.8 de la *LVM* n’est pas un élément constitutif de la cause d’action prévue à l’art. 138.3 de cette loi. De fait, l’obtention de l’autorisation visée à l’art. 138.8 de la *LVM* est une exigence procédurale. Elle est nécessaire pour que le droit découlant de l’art. 138.3 puisse être exercé, tranché au procès et exécuté par la suite. Cependant, « invoquer » (« *asserting* ») la cause d’action légale pour l’application de l’art. 28 de la *LRC* n’oblige pas le représentant des demandeurs à obtenir d’abord l’autorisation. La cause d’action légale peut donc être invoquée dans la déclaration d’un recours collectif avant que l’autorisation ne soit obtenue.

Section 28 *CPA* suspends the running of the limitation periods upon the “commencement of the class proceeding”. “Commencement” for the purpose of this provision refers to the commencement of an intended class proceeding under the *CPA* prior to certification. To commence a class proceeding, the representative plaintiff must file a statement of claim. The text of s. 28 recognizes that multiple causes of action could be asserted in a single statement of claim. Section 28 does not condition the commencement of the class proceeding on the prior fulfillment of all procedural requirements in respect of every cause of action asserted in the proceeding. On a plain reading of s. 28, the limitation periods applicable to all causes of action asserted in the proceeding are suspended upon the commencement of the proceeding, regardless of whether some would require leave to proceed individually. Thus, s. 28 *CPA* will suspend the limitation period in s. 138.14 *OSA* once the representative plaintiff properly commences a class proceeding for a common law cause of action and pleads the statutory cause of action and its constituent elements in the statement of claim.

Excluding the statutory cause of action in Part XXIII.1 *OSA* from the protection of s. 28 *CPA* until leave has been granted removes compliance with the limitation period from the plaintiff’s control. It would also necessarily oblige potential class members to file a multitude of individual motions for leave to commence the statutory claim, thus unnecessarily adding procedural steps and increasing costs and delays for all parties involved. Such an obligation is not required by the text of s. 28 *CPA*, nor by the context or purposes of the *CPA*. Such a result serves neither judicial economy nor access to justice. Rather, it undermines the harmonious operation of class proceedings in the securities context. An interpretation that suspends the limitation period where leave has not yet been granted under s. 138.8 *OSA* promotes the purposes of the *CPA*, is harmonious with the language, purpose and operation of Part XXIII.1 *OSA*, and allows the class proceeding to remain an effective vehicle for the pursuit of Part XXIII.1 statutory claims while respecting the policy underpinnings of limitation periods.

In each of the three cases under appeal, the plaintiffs commenced class proceedings and pleaded the constituent facts of the tort of negligent misrepresentation and of

L’article 28 de la *LRC* suspend les délais de prescription à l’« introduction du recours collectif ». L’« introduction », pour l’application de cette disposition, s’entend de l’introduction d’un recours collectif projeté en vertu de la *LRC* avant la certification. Pour introduire un recours collectif, le représentant des demandeurs doit déposer une déclaration. Le texte de l’art. 28 reconnaît la possibilité que de multiples causes d’action soient invoquées dans une seule déclaration. L’article 28 n’a pas pour effet de rendre l’introduction du recours collectif conditionnelle à la réalisation de toutes les exigences procédurales à l’égard de chacune des causes d’action invoquées dans le recours. Selon le sens clair de l’art. 28, les délais de prescription applicables à toutes les causes d’action invoquées dans le recours sont suspendus à l’introduction du recours collectif, que certaines d’entre elles nécessitent ou non une autorisation pour aller de l’avant individuellement. Ainsi, l’art. 28 de la *LRC* suspend le délai de prescription fixé à l’art. 138.14 de la *LVM* dès que le représentant des demandeurs introduit valablement un recours collectif fondé sur une cause d’action en common law et plaide la cause d’action légale et ses éléments constitutifs dans la déclaration.

Exclure la cause d’action prévue à la partie XXIII.1 de la *LVM* de la protection conférée par l’art. 28 de la *LRC* jusqu’à ce que l’autorisation soit accordée fait en sorte que le respect du délai de prescription échappe à la volonté du demandeur. En outre, cela obligerait nécessairement les membres éventuels du groupe à déposer une multitude de motions individuelles en autorisation d’intenter l’action prévue par la loi, imposant ainsi inutilement à toutes les parties en cause des formalités procédurales supplémentaires, des coûts plus élevés et des délais plus longs. Une telle obligation n’est imposée ni par le libellé de l’art. 28 ni par le contexte ou les objets de la *LRC*. Un tel résultat ne favorise ni l’économie des ressources judiciaires ni l’accès à la justice. Il nuit plutôt au fonctionnement harmonieux des recours collectifs dans le contexte des valeurs mobilières. En outre, une interprétation qui a pour effet de suspendre le délai de prescription lorsque l’autorisation n’a pas encore été accordée en application de l’art. 138.8 de la *LVM* favorise la réalisation des objets de la *LRC*, s’harmonise avec le texte, l’objet et l’application de la partie XXIII.1 de la *LVM* et fait en sorte que le recours collectif demeure un moyen efficace d’exercer les poursuites fondées sur la partie XXIII.1, tout en respectant les considérations d’ordre public qui sous-tendent les délais de prescription.

Dans chacune des trois affaires portées en appel, les demandeurs ont introduit des recours collectifs et plaidé dans leurs déclarations les faits constitutifs du délit de

the statutory cause of action in Part XXIII.1 *OSA* in their statements of claim. This pleading constitutes an assertion of the statutory cause of action for the purposes of s. 28 *CPA*. Thus, the limitation periods for the statutory claims at issue in these appeals are suspended as of the date of filing of their statements of claim and none of the claims are statute-barred.

Remedies

Per McLachlin C.J. and Rothstein and Côté JJ.: *Nunc pro tunc* and special circumstances are two separate doctrines, which need to be addressed separately. The courts have inherent jurisdiction to issue orders *nunc pro tunc*, that is, to backdate their orders. This power is implied by rule 59.01 of the Ontario *Rules of Civil Procedure*. The following non-exhaustive factors guide the courts in determining whether to exercise their inherent jurisdiction to grant such an order: (1) the opposing party will not be prejudiced by the order; (2) the order would have been granted had it been sought at the appropriate time, such that the timing of the order is merely an irregularity; (3) the irregularity is not intentional; (4) the order will effectively achieve the relief sought or cure the irregularity; (5) the delay has been caused by an act of the court; and (6) the order would facilitate access to justice. None of these factors is determinative.

An order granting leave to proceed with an action can theoretically be made *nunc pro tunc*, where leave is sought prior to the expiry of the limitation period. However, a court should not exercise its inherent jurisdiction where this would undermine the purpose of the limitation period or the legislation at issue. This is because, as with all common law doctrines and rules, the inherent jurisdiction to grant *nunc pro tunc* orders is circumscribed by legislative intent. *Nunc pro tunc* orders will not be available if they are precluded by either the language or the purpose of a statute. Accordingly, the courts' inherent jurisdiction to issue *nunc pro tunc* orders in relation to leave to commence claims under s. 138.3 *OSA* is not unlimited and should be exercised bearing in mind that the leave requirement, and its interaction with the limitation period, are central to the delicate balance struck in Part XXIII.1 *OSA*.

déclaration inexacte faite par négligence et de la cause d'action prévue à la partie XXIII.1 de la *LVM*. En plaçant ainsi ces faits, ils se trouvent à avoir invoqué la cause d'action légale pour l'application de l'art. 28 de la *LRC*. Par conséquent, les délais de prescription applicables aux actions prévues par la loi qui sont en litige dans les présents pourvois sont suspendus à compter de la date du dépôt de leurs déclarations et aucune des poursuites n'est prescrite.

Mesures de redressement

La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Côté : La doctrine *nunc pro tunc* et celle des circonstances spéciales sont distinctes et elles doivent être abordées séparément. Les tribunaux disposent d'une compétence inhérente pour rendre des ordonnances *nunc pro tunc*, ce qui signifie qu'ils ont le pouvoir d'antidater leurs ordonnances. Ce pouvoir est confirmé par l'art. 59.01 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario. Les facteurs non exhaustifs suivants aident les tribunaux à décider d'exercer ou non leur compétence inhérente pour rendre pareille ordonnance : (1) l'ordonnance ne causera pas préjudice à la partie adverse; (2) l'ordonnance aurait été rendue si elle avait été sollicitée au moment propice, de sorte que le moment du prononcé de l'ordonnance est simplement une irrégularité; (3) l'irrégularité n'est pas intentionnelle; (4) l'ordonnance permettra effectivement d'obtenir le redressement demandé ou de remédier à l'irrégularité; (5) le retard est attribuable à un acte de la cour; (6) l'ordonnance faciliterait l'accès à la justice. Aucun de ces facteurs n'est déterminant en soi.

Une ordonnance accordant la permission d'intenter une action peut théoriquement être rendue *nunc pro tunc* lorsque la permission est sollicitée avant l'expiration du délai de prescription. Toutefois, le tribunal ne devrait pas exercer sa compétence inhérente si cela aurait pour effet de miner l'objectif du délai de prescription ou de la loi en cause. Il en est ainsi parce que, comme pour toutes les doctrines et règles de common law, la compétence inhérente de rendre des ordonnances *nunc pro tunc* est circonscrite par l'intention du législateur. Aucune ordonnance *nunc pro tunc* ne sera rendue si le libellé ou l'objet d'une loi ne l'autorise pas. Par conséquent, la compétence inhérente des tribunaux pour rendre des ordonnances *nunc pro tunc* visant la permission d'intenter un recours en vertu de l'art. 138.3 de la *LVM* n'est pas illimitée et doit être exercée en gardant à l'esprit que l'obligation d'obtenir la permission et son interaction avec le délai de prescription sont essentiels à l'équilibre délicat qui est au centre de la partie XXIII.1 de la *LVM*.

The standard of review that ordinarily applies to a judge's discretionary decision on whether to grant an order *nunc pro tunc* is that of deference: if the judge has given sufficient weight to all the relevant considerations, an appellate court must defer to his or her exercise of discretion. However, if the judge's discretion is exercised on the basis of an erroneous principle, an appellate court is entitled to intervene. In *CIBC*, the motion judge found that he did not have jurisdiction to make the order *nunc pro tunc*. It follows that he did not actually exercise any discretion, and there is therefore no decision to defer to. But, even if he had done so, his reasoning on whether the order should be granted *nunc pro tunc* was based on an erroneous principle. In *IMAX*, in exercising her discretion, the motion judge failed to address or distinguish the situation of the defendants who were not parties to the original statement of claim. Therefore, no deference applies.

In *CIBC*, the plaintiffs were aware of the requirement of obtaining leave but made the choice not to expedite the leave motion, proceeding on the assumption that the court had the jurisdiction to extend the limitation period and that the discretion would be exercised in their favour by granting leave *nunc pro tunc*. In this case, to grant a *nunc pro tunc* order even though the plaintiffs did absolutely nothing to prevent the expiry of the limitation period would have the effect of overriding the legislature's intent.

In *IMAX*, the motion judge exercised her discretion correctly in making a *nunc pro tunc* order in relation to the defendants who were parties to the original statement of claim. However, as regards the other defendants, who were not defendants in any proceeding at the time when argument on the leave application was concluded, the plaintiffs, who waited more than two years after leave was granted before issuing a first statement of claim against them as defendants and provided no valid explanation for this delay, certainly cannot be said to have acted diligently. Granting relief to the plaintiffs against those defendants would undermine the strict limitation period set out in s. 138.14 *OSA* and the balance struck in the legislation.

In *Celestica*, no motion for leave was filed before the expiry of the limitation period. Accordingly, a *nunc pro*

La norme qui s'applique en temps normal à la décision discrétionnaire du juge de rendre ou non une ordonnance *nunc pro tunc* est celle de la déférence : si le juge a accordé suffisamment d'importance à toutes les considérations pertinentes, une cour d'appel doit s'en remettre à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance. Cependant, si le juge de première instance a exercé son pouvoir discrétionnaire en se fondant sur un principe erroné, une cour d'appel peut intervenir. Dans le dossier *CIBC*, le juge de première instance a conclu qu'il n'avait pas compétence pour rendre l'ordonnance *nunc pro tunc*. Il s'ensuit qu'il n'a pas exercé de pouvoir discrétionnaire et que la déférence n'est pas de mise. Cela dit, même s'il avait exercé telle discrétion, son analyse de la question de savoir si l'ordonnance devrait être rendue *nunc pro tunc* était fondée sur un principe erroné. Dans *IMAX*, en exerçant son pouvoir discrétionnaire, le juge de première instance n'a pas traité de la situation des défendeurs qui n'étaient pas parties à la déclaration originale et n'a pas non plus fait de distinction entre leur situation et celle des défendeurs initiaux. Le principe de déférence ne s'applique donc pas.

Dans *CIBC*, les demandeurs étaient conscients de la nécessité d'obtenir la permission, mais ils ont fait le choix de ne pas procéder plus rapidement avec leur requête pour permission, tenant pour acquis que le tribunal avait compétence pour proroger le délai de prescription et qu'il exercerait son pouvoir discrétionnaire en leur faveur en leur accordant la permission *nunc pro tunc*. En l'espèce, prononcer une ordonnance *nunc pro tunc* même si les demandeurs n'ont absolument rien fait pour prévenir l'expiration du délai de prescription aurait pour conséquence de passer outre à l'intention du législateur.

Dans *IMAX*, le juge de première instance a exercé correctement son pouvoir discrétionnaire en rendant l'ordonnance *nunc pro tunc* à l'endroit des défendeurs parties à la déclaration initiale. Cependant, dans le cas des autres défendeurs, qui n'étaient parties à aucune instance pendante lorsque le débat sur la demande de permission s'est terminé, les demandeurs, ayant attendu plus de deux ans après l'octroi de la permission avant de déposer une première déclaration contre eux à titre de défendeurs et n'ayant fourni aucune explication valable pour ce délai, on ne peut assurément pas dire qu'ils ont fait preuve de diligence. Accorder un redressement aux demandeurs aux dépens de ces défendeurs minerait le délai de prescription strict établi à l'art. 138.14 de la *LVM* et compromettrait l'équilibre établi par la loi.

Dans *Celestica*, aucune requête pour permission n'a été déposée avant l'expiration du délai de prescription.

tunc order could not remedy that expiry. This is sufficient to deny such an order.

The doctrine of special circumstances allows a court to temper the potentially harsh and unfair effects of limitation periods by allowing a plaintiff to add a cause of action or a party to the statement of claim after the expiry of the relevant limitation period. The circumstances warranting such an amendment will not often occur. In the case of statutory actions under s. 138.3 *OSA*, the legislature specifically barred a plaintiff from commencing such an action without first obtaining leave of the court. Accordingly, the doctrine of special circumstances is of no avail to any of the plaintiffs in the three instant cases. Neither the limitation period in s. 138.14 *OSA* nor the leave requirement in s. 138.8 *OSA* can be defeated by amending the pleadings to include a statutory claim under s. 138.3 *OSA*. The doctrine, therefore, does not provide the plaintiffs with an effective remedy, since it cannot on its own overcome the leave requirement of s. 138.8 *OSA*.

Per Cromwell J.: Agreement is expressed for the reasons of Côté J. in respect of the discretionary power of the courts to grant leave *nunc pro tunc* after the expiry of the limitation period to commence a statutory claim for secondary market misrepresentation.

In *CIBC*, the motion judge was ideally placed to assess and weigh all of the many considerations that are relevant to the question of whether the court's discretion should be exercised in the plaintiffs' favour. His assessment of those considerations and the weight to be given to them should be treated with deference on appeal. There is no error in the principles that the motion judge applied, in the factors that he considered relevant or in his assessment of the evidence. Accordingly, there is no basis to interfere with his conclusion that the *nunc pro tunc* discretion should be exercised in the plaintiffs' favour.

The motion judge in *IMAX* was also correct to exercise her *nunc pro tunc* discretion. The motion judge was intimately familiar with the progress of this file with which she had been dealing over several years. There is no basis on which to interfere with her assessment of the equities of the situation or of the plaintiffs' diligence.

Ainsi, une ordonnance *nunc pro tunc* ne pourrait remédier à cette expiration. Cette raison suffit pour refuser de rendre une telle ordonnance.

La doctrine des circonstances spéciales autorise le tribunal à modérer les effets potentiellement sévères et injustes des délais de prescription en permettant à un demandeur d'ajouter une cause d'action ou une partie à sa déclaration après l'expiration du délai de prescription applicable. Les circonstances justifiant une telle modification se présentent rarement. Dans le cas d'actions statutaires intentées en application de l'art. 138.3 de la *LVM*, le législateur a expressément prévu l'impossibilité pour un demandeur d'intenter un tel recours sans avoir d'abord obtenu la permission du tribunal. Par conséquent, la doctrine des circonstances spéciales n'est d'aucune utilité pour l'un ou l'autre des demandeurs dans les trois présents dossiers. On ne peut faire obstacle au délai prescrit à l'art. 138.14 de la *LVM* ou à la permission exigée à l'art. 138.8 de cette loi en amendant les actes de procédure pour y inclure le recours de l'art. 138.3. Cette doctrine ne permet donc pas aux demandeurs d'obtenir un redressement efficace, car elle ne peut contrer à elle seule l'exigence de permission prévue par l'art. 138.8 de la *LVM*.

Le juge Cromwell : Il y a accord avec les motifs de la juge Côté quant au pouvoir discrétionnaire des tribunaux d'accorder, après l'expiration de ce délai, l'autorisation *nunc pro tunc* d'exercer un recours conféré par la loi pour présentation inexacte des faits sur le marché secondaire.

Dans *CIBC*, le juge des motions se trouvait dans une situation idéale pour évaluer et soupeser l'ensemble des multiples considérations se rapportant au point de savoir si le tribunal doit exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur des demandeurs. Il faut faire preuve de déférence en appel à l'égard de son analyse de ces considérations et du poids à leur attribuer. Il n'y a aucune erreur dans les principes que le juge des motions a appliqués, les facteurs qu'il a jugé pertinents ou son appréciation de la preuve. Il n'existe donc aucune raison de modifier sa conclusion qu'il y a lieu en l'espèce d'exercer le pouvoir discrétionnaire *nunc pro tunc* en faveur des demandeurs.

La juge des motions dans *IMAX* a également eu raison d'exercer son pouvoir discrétionnaire *nunc pro tunc*. La juge des motions connaissait fort bien l'évolution de ce dossier dont elle s'est occupée pendant des années. Il n'existe aucune raison de modifier son évaluation du caractère équitable de la situation ou de la diligence des demandeurs.

The conclusions of Côté J. in *Celestica* are agreed with.

Cases Cited

By Côté J.

Applied: *Theratechnologies inc. v. 121851 Canada inc.*, 2015 SCC 18, [2015] 2 S.C.R. 106, rev'g 2013 QCCA 1256; **approved:** *Sharma v. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569; **referred to:** *Logan v. Canada (Minister of Health)* (2004), 71 O.R. (3d) 451, aff'g 2003 CanLII 20308; *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, 561 U.S. 247 (2010); *Méthot v. Montreal Transportation Commission*, [1972] S.C.R. 387; *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; *Novak v. Bond*, [1999] 1 S.C.R. 808; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Coulson v. Citigroup Global Markets Canada Inc.*, 2010 ONSC 1596, 92 C.P.C. (6th) 301, aff'd 2012 ONCA 108, 288 O.A.C. 355; *Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R. 214; *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392; *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801; *Turner v. London and South-Western Railway Co.* (1874), L.R. 17 Eq. 561; *Gunn v. Harper* (1902), 3 O.L.R. 693; *Young v. Town of Gravenhurst* (1911), 24 O.L.R. 467; *Hubert v. DeCamillis* (1963), 41 D.L.R. (2d) 495; *Monahan v. Nelson*, 2000 BCCA 297, 76 B.C.L.R. (3d) 109; *Medina v. Bravo*, 2008 BCSC 1307, 87 B.C.L.R. (4th) 369; *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429; *Re New Alger Mines Ltd.* (1986), 54 O.R. (2d) 562; *Gallo v. Beber* (1998), 116 O.A.C. 340; *Krueger v. Raccah* (1981), 12 Sask. R. 130; *Parker v. Atkinson* (1993), 104 D.L.R. (4th) 279; *Hogarth v. Hogarth*, [1945] 3 D.L.R. 78; *Montego Forest Products Ltd. (Re)* (1998), 37 O.R. (3d) 651; *Couture v. Bouchard* (1892), 21 S.C.R. 281; *Westman v. Gyselinck*, 2014 MBQB 174, 308 Man. R. (2d) 306; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *McKenna Estate v. Marshall* (2005), 37 R.P.R. (4th) 222; *Holst v. Grenier* (1987), 65 Sask. R. 257; *CIBC Mortgage Corp. v. Manson* (1984), 32 Sask. R. 303; *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394; *Soulos v. Korkontzilas*, [1997] 2 S.C.R. 217; *Joseph v. Paramount Canada's Wonderland*, 2008 ONCA 469, 90 O.R. (3d) 401; *Bikur Cholim Jewish Volunteer Services v. Langston*, 2009 ONCA 196, 94 O.R. (3d) 401; *Dugal v. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1764; *Weldon v. Neal* (1887), 19 Q.B.D. 394; *Basarsky v. Quinlan*, [1972] S.C.R. 380; *Frohlick v. Pinkerton Canada Ltd.*, 2008 ONCA 3, 88 O.R.

Il y a accord avec les conclusions de la juge Côté dans *Celestica*.

Jurisprudence

Citée par la juge Côté

Arrêt appliqué : *Theratechnologies inc. c. 121851 Canada inc.*, 2015 CSC 18, [2015] 2 R.C.S. 106, inf. 2013 QCCA 1256, [2013] R.J.Q. 1128; **arrêt approuvé :** *Sharma c. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569; **arrêts mentionnés :** *Logan c. Canada (Minister of Health)* (2004), 71 O.R. (3d) 451, conf. 2003 CanLII 20308; *Morrison c. National Australia Bank Ltd.*, 561 U.S. 247 (2010); *Méthot c. Commission de Transport de Montréal*, [1972] R.C.S. 387; *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; *Novak c. Bond*, [1999] 1 R.C.S. 808; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Coulson c. Citigroup Global Markets Canada Inc.*, 2010 ONSC 1596, 92 C.P.C. (6th) 301, conf. par 2012 ONCA 108, 288 O.A.C. 355; *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214; *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392; *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801; *Turner c. London and South-Western Railway Co.* (1874), L.R. 17 Eq. 561; *Gunn c. Harper* (1902), 3 O.L.R. 693; *Young c. Town of Gravenhurst* (1911), 24 O.L.R. 467; *Hubert c. DeCamillis* (1963), 41 D.L.R. (2d) 495; *Monahan c. Nelson*, 2000 BCCA 297, 76 B.C.L.R. (3d) 109; *Medina c. Bravo*, 2008 BCSC 1307, 87 B.C.L.R. (4th) 369; *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429; *Re New Alger Mines Ltd.* (1986), 54 O.R. (2d) 562; *Gallo c. Beber* (1998), 116 O.A.C. 340; *Krueger c. Raccah* (1981), 12 Sask. R. 130; *Parker c. Atkinson* (1993), 104 D.L.R. (4th) 279; *Hogarth c. Hogarth*, [1945] 3 D.L.R. 78; *Montego Forest Products Ltd. (Re)* (1998), 37 O.R. (3d) 651; *Couture c. Bouchard* (1892), 21 R.C.S. 281; *Westman c. Gyselinck*, 2014 MBQB 174, 308 Man. R. (2d) 306; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *McKenna Estate c. Marshall* (2005), 37 R.P.R. (4th) 222; *Holst c. Grenier* (1987), 65 Sask. R. 257; *CIBC Mortgage Corp. c. Manson* (1984), 32 Sask. R. 303; *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394; *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217; *Joseph c. Paramount Canada's Wonderland*, 2008 ONCA 469, 90 O.R. (3d) 401; *Bikur Cholim Jewish Volunteer Services c. Langston*, 2009 ONCA 196, 94 O.R. (3d) 401; *Dugal c. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1764; *Weldon c. Neal* (1887), 19 Q.B.D. 394; *Basarsky v. Quinlan*, [1972] S.C.R. 380; *Frohlick v. Pinkerton Canada Ltd.*, 2008 ONCA 3, 88 O.R.

(3d) 401; *AIC Limited v. Fischer*, 2013 SCC 69, [2013] 3 S.C.R. 949.

By Cromwell J.

Referred to: *Sharma v. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569; *Joseph v. Paramount Canada's Wonderland*, 2008 ONCA 469, 90 O.R. (3d) 401; *Bikur Cholim Jewish Volunteer Services v. Langston*, 2009 ONCA 196, 94 O.R. (3d) 401; *Dugal v. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1764.

By Karakatsanis J.

Referred to: *Sharma v. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569; *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158; *Thibodeau v. Air Canada*, 2014 SCC 67, [2014] 3 S.C.R. 340; *Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 SCC 14, [2007] 1 S.C.R. 591; *Letang v. Cooper*, [1965] 1 Q.B. 232; *Markevich v. Canada*, 2003 SCC 9, [2003] 1 S.C.R. 94; *Dilollo Estate (Trustee of) v. I.F. Propco Holdings (Ontario) 36 Ltd.*, 2013 ONCA 550, 117 O.R. (3d) 81; *Méthot v. Montreal Transportation Commission*, [1972] S.C.R. 387; *Theratechnologies inc. v. 121851 Canada inc.*, 2015 SCC 18, [2015] 2 S.C.R. 106; *Logan v. Canada (Minister of Health)* (2004), 71 O.R. (3d) 451, aff'g 2003 CanLII 20308; *Markson v. MBNA Canada Bank*, 2007 ONCA 334, 85 O.R. (3d) 321; *Cassano v. Toronto-Dominion Bank*, 2007 ONCA 781, 87 O.R. (3d) 401; *Fulawka v. Bank of Nova Scotia*, 2012 ONCA 443, 111 O.R. (3d) 346; *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477; *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Novak v. Bond*, [1999] 1 S.C.R. 808.

Statutes and Regulations Cited

Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6, ss. 2(2), 5, 12, 23, 24, 28, 34.
Limitations Act, 2002, S.O. 2002, c. 24, Sch. B, ss. 20, 21.
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rr. 1.03(1) "action", "originating process", "proceeding", 21, 59.01.
Securities Act, CQLR, c. V-1.1, s. 225.4.
Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5, ss. 1.1, 138, Part XXIII.1, 138.3, 138.4, 138.8, 138.13, 138.14 [am. 2014, c. 7, Sch. 28, s. 15].

Neal (1887), 19 Q.B.D. 394; *Basarsky c. Quinlan*, [1972] R.C.S. 380; *Frohlick c. Pinkerton Canada Ltd.*, 2008 ONCA 3, 88 O.R. (3d) 401; *AIC Limitée c. Fischer*, 2013 CSC 69, [2013] 3 R.C.S. 949.

Citée par le juge Cromwell

Arrêts mentionnés : *Sharma c. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569; *Joseph c. Paramount Canada's Wonderland*, 2008 ONCA 469, 90 O.R. (3d) 401; *Bikur Cholim Jewish Volunteer Services c. Langston*, 2009 ONCA 196, 94 O.R. (3d) 401; *Dugal c. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1764.

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêts mentionnés : *Sharma c. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158; *Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340; *Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 CSC 14, [2007] 1 R.C.S. 591; *Letang c. Cooper*, [1965] 1 Q.B. 232; *Markevich c. Canada*, 2003 CSC 9, [2003] 1 R.C.S. 94; *Dilollo Estate (Trustee of) c. I.F. Propco Holdings (Ontario) 36 Ltd.*, 2013 ONCA 550, 117 O.R. (3d) 81; *Méthot c. Commission de Transport de Montréal*, [1972] R.C.S. 387; *Theratechnologies inc. c. 121851 Canada inc.*, 2015 CSC 18, [2015] 2 R.C.S. 106; *Logan c. Canada (Minister of Health)* (2004), 71 O.R. (3d) 451, conf. 2003 CanLII 20308; *Markson c. MBNA Canada Bank*, 2007 ONCA 334, 85 O.R. (3d) 321; *Cassano c. Toronto-Dominion Bank*, 2007 ONCA 781, 87 O.R. (3d) 401; *Fulawka c. Bank of Nova Scotia*, 2012 ONCA 443, 111 O.R. (3d) 346; *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477; *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Novak c. Bond*, [1999] 1 R.C.S. 808.

Lois et règlements cités

Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, c. 6, art. 2(2), 5, 12, 23, 24, 28, 34.
Loi de 2002 sur la prescription des actions, L.O. 2002, c. 24, ann. B, art. 20, 21.
Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O. 1990, c. S.5, art. 1.1, 138, partie XXIII.1, 138.3, 138.4, 138.8, 138.13, 138.14 [mod. 2014, c. 7, ann. 28, art. 15].
Loi sur les valeurs mobilières, RLRQ, c. V-1.1, art. 225.4.
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 1.03(1) « acte introductif d'instance », « action », « instance », 21, 59.01.

Authors Cited

- Black's Law Dictionary*, 10th ed., by Bryan A. Garner, ed. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2014, “assert”.
- Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed., by Katherine Barber, ed. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2004, “assert”.
- Canadian Securities Administrators. “Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market and Response to the Proposed Change to the Definitions of ‘Material Fact’ and ‘Material Change’”, CSA Notice 53-302, reproduced in (2000), 23 OSCB 7383.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Ontario. Attorney General’s Advisory Committee on Class Action Reform. *Report of the Attorney General’s Advisory Committee on Class Action Reform*. Toronto: The Committee, 1990.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on Class Actions*, vols. I and III. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1982.
- Ontario. Securities Commission. “Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market — Notice and Request for Comment” (1998), 21 OSCB 3335 and 3367.
- Perell, Paul M., and John W. Morden. *The Law of Civil Procedure in Ontario*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- Porretta, Christina, and Rahim Punjani. “The Clock Strikes: A Review of the Limitations Act, 2002, A Decade Later” (2015), 44 *Adv. Q.* 346.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- Toronto Stock Exchange. Committee on Corporate Disclosure. *Final Report — Responsible Corporate Disclosure: A Search for Balance*. Toronto: The Exchange, 1997.
- Winkler, Warren K., et al. *The Law of Class Actions in Canada*. Toronto: Canada Law Book, 2014.

APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Feldman, Cronk, Blair and Juriansz J.J.A.), 2014 ONCA 90, 370 D.L.R. (4th) 402, 118 O.R. (3d) 641, 314 O.A.C. 315, 50 C.P.C. (7th) 113, [2014] O.J. No. 419 (QL), 2014 CarswellOnt 1143 (WL Can.); setting aside a decision of Strathy J., 2012 ONSC 3637, 29 C.P.C. (7th) 225, [2012] O.J. No. 3072 (QL), 2012 CarswellOnt 8382 (WL Can.); affirming a decision of van Rensburg J., 2012 ONSC 4881, [2012] O.J. No. 4002 (QL), 2012

Doctrine et autres documents cités

- Autorités canadiennes en valeurs mobilières. « Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market and Response to the Proposed Change to the Definitions of “Material Fact” and “Material Change” », CSA Notice 53-302, reproduced in (2000), 23 OSCB 7383.
- Black's Law Dictionary*, 10th ed., by Bryan A. Garner, ed., St. Paul (Minn.), Thomson Reuters, 2014, « *assert* ».
- Bourse de Toronto. Committee on Corporate Disclosure. *Final Report — Responsible Corporate Disclosure : A Search for Balance*, Toronto, La Bourse, 1997.
- Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed., by Katherine Barber, ed., Don Mills (Ont.), Oxford University Press, 2004, « *assert* ».
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.
- Ontario. Attorney General’s Advisory Committee on Class Action Reform. *Report of the Attorney General’s Advisory Committee on Class Action Reform*, Toronto, The Committee, 1990.
- Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on Class Actions*, vols. I and III, Toronto, ministère du Procureur général, 1982.
- Ontario. Commission des valeurs mobilières. « Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market — Notice and Request for Comment » (1998), 21 OSCB 3335 and 3367.
- Perell, Paul M., and John W. Morden. *The Law of Civil Procedure in Ontario*, 2nd ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
- Porretta, Christina, and Rahim Punjani. « The Clock Strikes : A Review of the Limitations Act, 2002, A Decade Later » (2015), 44 *Adv. Q.* 346.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
- Winkler, Warren K., et al. *The Law of Class Actions in Canada*, Toronto, Canada Law Book, 2014.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Doherty, Feldman, Cronk, Blair et Juriansz), 2014 ONCA 90, 370 D.L.R. (4th) 402, 118 O.R. (3d) 641, 314 O.A.C. 315, 50 C.P.C. (7th) 113, [2014] O.J. No. 419 (QL), 2014 CarswellOnt 1143 (WL Can.); qui a infirmé une décision du juge Strathy, 2012 ONSC 3637, 29 C.P.C. (7th) 225, [2012] O.J. No. 3072 (QL), 2012 CarswellOnt 8382 (WL Can.); qui a confirmé une décision de la juge van Rensburg, 2012 ONSC 4881, [2012] O.J.

CarswellOnt 10391 (WL Can.); and affirming a decision of Perell J., 2012 ONSC 6083, 113 O.R. (3d) 264, [2012] O.J. No. 5083 (QL), 2012 CarswellOnt 13292 (WL Can.). The appeals in *CIBC* and *IMAX* are dismissed, McLachlin C.J. and Rothstein and Côté JJ. dissenting in part; the appeal in *Celestica* is allowed, Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ. dissenting.

Sheila R. Block and *James C. Tory*, for the appellant the Canadian Imperial Bank of Commerce.

Benjamin Zarnett, *David D. Conklin* and *Jonathan Edge*, for the appellants *Gerald McCaughey* et al.

R. Paul Steep, *Dana M. Peebles* and *Brandon Kain*, for the appellants *IMAX Corporation* et al.

Nigel Campbell, *Andrea Laing* and *Ryan A. Morris*, for the appellants *Celestica Inc.*, *Stephen W. Delaney* and *Anthony P. Puppi*.

Peter R. Jervis, *Joel P. Rochon*, *Sakie Tambakos* and *Remissa Hirji*, for the respondents *Howard Green* and *Anne Bell*.

A. Dimitri Lascaris, *William V. Sasso*, *Michael Robb*, *Daniel E. H. Bach* and *Serge Kalloghlian*, for the respondents *Marvin Neil Silver* and *Cliff Cohen*.

Kirk M. Baert and *Celeste B. Poltak*, for the respondents the Trustees of the Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund, *Nabil Berzi* and *Huacheng Xing*.

Written submissions only by *Margaret L. Waddell* and *Denise Cooney*, for the intervener the Canadian Foundation for Advancement of Investor Rights.

Bonnie Roberts Jones, for the intervener the Shareholder Association for Research and Education.

Anna Perschy and *Amanda Heydon*, for the intervener the Ontario Securities Commission.

No. 4002 (QL), 2012 CarswellOnt 10391 (WL Can.); et qui a confirmé une décision du juge Perell, 2012 ONSC 6083, 113 O.R. (3d) 264, [2012] O.J. No. 5083 (QL), 2012 CarswellOnt 13292 (WL Can.). Les pourvois dans *CIBC* et *IMAX* sont rejetés, la juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Côté sont dissidents en partie; le pourvoi dans *Celestica* est accueilli, les juges Moldaver, Karakatsanis et Gascon sont dissidents.

Sheila R. Block et *James C. Tory*, pour l'appelante la Banque Canadienne Impériale de Commerce.

Benjamin Zarnett, *David D. Conklin* et *Jonathan Edge*, pour les appelants *Gerald McCaughey* et autres.

R. Paul Steep, *Dana M. Peebles* et *Brandon Kain*, pour les appelants *IMAX Corporation* et autres.

Nigel Campbell, *Andrea Laing* et *Ryan A. Morris*, pour les appelants *Celestica Inc.*, *Stephen W. Delaney* et *Anthony P. Puppi*.

Peter R. Jervis, *Joel P. Rochon*, *Sakie Tambakos* et *Remissa Hirji*, pour les intimés *Howard Green* et *Anne Bell*.

A. Dimitri Lascaris, *William V. Sasso*, *Michael Robb*, *Daniel E. H. Bach* et *Serge Kalloghlian*, pour les intimés *Marvin Neil Silver* et *Cliff Cohen*.

Kirk M. Baert et *Celeste B. Poltak*, pour les intimés les Fiduciaires de la caisse de retraite en fiducie du Millwright Regional Council of Ontario, *Nabil Berzi* et *Huacheng Xing*.

Argumentation écrite seulement par *Margaret L. Waddell* et *Denise Cooney*, pour l'intervenante la Fondation canadienne pour l'avancement des droits des investisseurs.

Bonnie Roberts Jones, pour l'intervenante Shareholder Association for Research and Education.

Anna Perschy et *Amanda Heydon*, pour l'intervenante la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario.

Alan L. W. D’Silva, Daniel S. Murdoch and Sinziana R. Hennig, for the intervener the Insurance Bureau of Canada.

The reasons of McLachlin C.J. and Rothstein and Côté JJ. were delivered by

CÔTÉ J. —

I. Introduction

[1] These appeals are the result of competing interpretations of the interaction between two pieces of Ontario legislation: Part XXIII.1 of the *Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5 (“OSA”), and s. 28 of the *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6 (“CPA”).

[2] Part XXIII.1 OSA provides, at s. 138.3, for a claim for secondary market misrepresentation. An action with respect to this statutory claim may be commenced only with leave of the court as prescribed by s. 138.8 and within the limitation period specified in s. 138.14, that is, three years after the date of the alleged misrepresentations in the instant cases.

[3] As for s. 28 CPA, it operates to suspend the limitation period for “a cause of action asserted in a class proceeding” in favour of the members of a class “on the commencement of the class proceeding”.

[4] At issue in the court below was the meaning of the word “asserted” in s. 28 CPA. Initially, a panel of three judges of the Court of Appeal ruled unanimously in *Sharma v. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569, that the statutory claim for secondary market misrepresentation cannot be “asserted” until a court has granted leave to do so. As a result, the court held that the CPA could not operate to suspend the limitation period for class members (including for the representative plaintiff) until leave was obtained.

Alan L. W. D’Silva, Daniel S. Murdoch et Sinziana R. Hennig, pour l’intervenant le Bureau d’assurance du Canada.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Rothstein et Côté rendus par

LA JUGE CÔTÉ —

I. Introduction

[1] Les présents pourvois découlent d’interprétations divergentes au sujet de l’interaction entre deux textes de loi de l’Ontario : la partie XXIII.1 de la *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.O. 1990, c. S.5 (« LVM »), et l’art. 28 de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, c. 6 (« LRC »).

[2] La partie XXIII.1 de la LVM permet, à l’art. 138.3, d’intenter un recours pour déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire (appelée « présentation inexacte des faits » dans la LVM). Ce recours ne peut être intenté qu’avec la permission du tribunal, comme le prévoit l’art. 138.8, et dans le délai de prescription fixé à l’art. 138.14, en l’espèce trois ans après la date des déclarations inexactes alléguées.

[3] Quant à l’art. 28 de la LRC, il a pour effet de suspendre le délai de prescription applicable à « une cause d’action invoquée dans un recours collectif » en faveur des membres du groupe « à l’introduction du recours collectif ».

[4] Le débat devant la Cour d’appel de l’Ontario portait sur le sens du mot « invoquée » figurant à l’art. 28 de la LRC. Initialement, trois juges de la Cour d’appel ont statué à l’unanimité dans l’arrêt *Sharma c. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569, que le recours statutaire pour déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire ne peut être « invoqué » avant que le tribunal n’ait accordé la permission. Par conséquent, la Cour d’appel a conclu que la LRC ne pouvait avoir pour effet de suspendre le délai de prescription pour les membres du groupe (y compris le représentant des demandeurs) avant que la permission n’ait été accordée.

[5] The ruling in *Timminco* was handed down in the midst of three class action suits for secondary market misrepresentations in Ontario: *Canadian Imperial Bank of Commerce et al. v. Green and Bell* (“CIBC”); *IMAX Corp. et al. v. Silver and Cohen* (“IMAX”); and *Celestica Inc. et al. v. Trustees of the Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund et al.* (“*Celestica*”).

[6] In each of those cases, the plaintiffs¹ had pleaded a common law cause of action together with an intention to seek leave to assert a statutory claim under s. 138.3 OSA within the statutory limitation period, but leave was not granted before the limitation period expired. It should be noted however that in *CIBC*, a motion for leave was filed before the expiry of the limitation period, and that in *IMAX*, a motion for leave was both filed and argued before the limitation period expired. It is fair to say that *Timminco* came as a surprise to the litigants.

[7] In the Superior Court, the motion judges considering the issue of leave to commence the statutory action found that they were bound by *Timminco*, although relief was granted in the form of a *nunc pro tunc* order in *IMAX*, and by applying the doctrine of special circumstances in *Celestica*. No relief was granted to the plaintiffs in *CIBC*. The appeals in the three cases were subsequently heard together by a five-judge panel of the Court of Appeal, which unanimously overruled the interpretation of *Timminco*: *Green v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2014 ONCA 90, 370 D.L.R. (4th) 402. The Court of Appeal found that a representative plaintiff who pleads an intention to seek leave in respect of a s. 138.3 claim within the limitation period has “asserted” a cause of action within the meaning of s. 28 CPA even before the filing of a motion seeking leave.

¹ For the sake of clarity, I will consistently refer to the respondents in the instant cases as the “plaintiffs” and to the appellants in the instant cases as the “defendants”.

[5] L’arrêt *Timminco* fut rendu alors que trois recours collectifs pour déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire étaient pendants en Ontario : *Banque Canadienne Impériale de Commerce et autres c. Green et Bell* (« CIBC »); *IMAX Corp. et autres c. Silver et Cohen* (« IMAX »); *Celestica Inc. et autres c. Fiduciaires de la caisse de retraite en fiducie du Millwright Regional Council of Ontario et autres* (« *Celestica* »).

[6] Dans chacune de ces affaires, les demandeurs¹ ont invoqué une cause d’action en common law et indiqué leur intention de demander la permission d’intenter un recours en vertu de l’art. 138.3 de la LVM dans le délai fixé par la loi, mais aucune telle permission n’a été accordée avant l’expiration du délai. Il convient toutefois de souligner qu’avant l’expiration du délai de prescription, une requête demandant telle permission (aussi appelée « motion en autorisation » dans la version française de la LVM) a été déposée dans l’affaire *CIBC* et, dans l’affaire *IMAX*, une requête demandant la permission a été déposée et débattue avant l’expiration du délai de prescription. Il est juste de dire que l’arrêt *Timminco* a surpris les parties.

[7] En Cour supérieure, les juges saisis des demandes de permission d’intenter le recours statutaire se sont estimés liés par l’arrêt *Timminco*, bien qu’un redressement ait été accordé sous la forme d’une ordonnance *nunc pro tunc* dans l’affaire *IMAX*, et que la doctrine des circonstances spéciales ait été appliquée dans l’affaire *Celestica*. Aucun redressement n’a été accordé aux demandeurs dans *CIBC*. Les appels dans les trois dossiers ont été entendus subséquemment par une formation de cinq juges de la Cour d’appel, laquelle, à l’unanimité, a infirmé l’interprétation donnée dans l’arrêt *Timminco* : *Green c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2014 ONCA 90, 370 D.L.R. (4th) 402. La Cour d’appel a conclu qu’un représentant des demandeurs qui indique son intention de demander la permission d’intenter un recours en vertu

¹ Par souci de clarté, je désignerai systématiquement les intimés dans les cas présents comme les « demandeurs » et les appelants dans les cas présents comme les « défendeurs ».

As a result, the court held that in all three cases, the plaintiffs' statutory claims for secondary market misrepresentation were not statute-barred.

[8] In my opinion, pleading an intention to seek leave in respect of a s. 138.3 *OSA* claim in a class proceeding together with a common law cause of action amounts to neither the assertion of the statutory cause of action nor the commencement of a class proceeding for that statutory cause of action under s. 28 *CPA*. Not only is this interpretation consistent with the fundamental principles and structure of class proceedings in Canada, but it is also the only one that is consistent with the wording of the provisions and the ordinary and grammatical meaning of the words used as well as with the rigorous and exhaustive legislative balancing that produced Part XXIII.1 *OSA*.

[9] Moreover, I am of the view that neither the doctrine of *nunc pro tunc* nor that of special circumstances can be of any avail to the plaintiffs in *CIBC* and *Celestica*. With regard to *IMAX*, relief should be granted to the plaintiffs in the form of a *nunc pro tunc* order, but only in relation to the defendants who were parties to the original statement of claim: *IMAX Corporation*, *Richard L. Gelfond*, *Bradley J. Wechsler* and *Francis T. Joyce*.

[10] Accordingly, I would allow the appeals in *CIBC* except in respect of the Court of Appeal's conclusion that five of the seven issues proposed by the plaintiffs should be certified. I would allow the appeal and issue a partial *nunc pro tunc* order in *IMAX*, and I would allow the appeal in *Celestica*.

de l'art. 138.3 à l'intérieur du délai de prescription a, dans les faits, « invoqué » une cause d'action au sens de l'art. 28 de la *LRC*, et ce, même avant d'avoir déposé une requête demandant cette permission. Par conséquent, la Cour d'appel a conclu que dans les trois cas, les recours statutaires intentés par les demandeurs pour déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire n'étaient pas prescrits.

[8] À mon avis, indiquer une intention de demander une permission à l'égard d'un recours fondé sur l'art. 138.3 de la *LVM* dans un recours collectif en plus de plaider une cause d'action en common law ne revient ni à invoquer la cause d'action statutaire ni à introduire un recours collectif pour cette cause d'action au sens de l'art. 28 de la *LRC*. Non seulement cette interprétation s'accorde-t-elle avec les principes fondamentaux et la structure des recours collectifs au Canada, mais elle est la seule compatible avec le texte même des dispositions et le sens ordinaire et grammatical des mots employés ainsi qu'avec l'équilibre législatif rigoureux et exhaustif établi par la partie XXIII.1 de la *LVM*.

[9] Je suis également d'avis que ni la doctrine de *nunc pro tunc* ni celle des circonstances spéciales ne sont utiles pour les demandeurs dans les affaires *CIBC* et *Celestica*. Dans l'affaire *IMAX*, j'estime qu'il y a lieu d'accorder un redressement aux demandeurs sous la forme d'une ordonnance *nunc pro tunc*, mais seulement à l'égard des défendeurs parties à la déclaration initiale : *IMAX Corporation*, *Richard L. Gelfond*, *Bradley J. Wechsler* et *Francis T. Joyce*.

[10] Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir les pourvois dans *CIBC*, sauf en ce qui concerne la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle il y a lieu d'autoriser cinq des sept questions proposées par les demandeurs. Je suis également d'avis d'accueillir le pourvoi et de rendre une ordonnance *nunc pro tunc* partielle dans *IMAX*, ainsi que d'accueillir le pourvoi dans *Celestica*.

II. Legislation

A. *Ontario Securities Act*

[11] Part XXIII.1 *OSA* sets out a scheme of civil liability for secondary securities market misrepresentation in Ontario. Section 138.3 creates a statutory cause of action for a misrepresentation made in a document or a public oral statement, or a failure to make timely disclosure, against a range of parties potentially implicated in the misrepresentation. This statutory cause of action accrues to those who acquired or disposed of the issuer's security between the time of the misrepresentation and that of its correction. Explicitly not required for a finding of liability is proof of a plaintiff's reliance on the misrepresentation, which is essential to a common law cause of action based on misrepresentation. Furthermore, as s. 138.13 makes plain, this statutory right of action is in addition to any other rights of action the plaintiff may have.

[12] Two components of this scheme are of particular relevance to these appeals.

[13] First, s. 138.8 imposes a requirement that leave be granted before the statutory action based on a secondary market misrepresentation may be commenced:

138.8 (1) No action may be commenced under section 138.3 without leave of the court granted upon motion with notice to each defendant. The court shall grant leave only where it is satisfied that,

- (a) the action is being brought in good faith; and
- (b) there is a reasonable possibility that the action will be resolved at trial in favour of the plaintiff.

[14] Second, s. 138.14 imposes a limitation period for statutory actions based on s. 138.3:

II. La législation

A. *La Loi sur les valeurs mobilières de l'Ontario*

[11] La partie XXIII.1 de la *LVM* établit un régime de responsabilité civile relativement à la déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire des valeurs mobilières en Ontario. L'article 138.3 crée une cause d'action pour la déclaration inexacte de faits dans des documents ou des déclarations orales publiques, ou pour défaut de respecter une obligation de divulgation en temps utile (ou une obligation d'information occasionnelle dans la version française de la *LVM*), contre différentes parties potentiellement impliquées dans la déclaration inexacte de faits. Cette cause d'action statutaire peut être invoquée par ceux qui ont acquis ou aliéné la valeur mobilière de l'émetteur, entre le moment de la déclaration inexacte de faits et sa correction. Pour conclure à la responsabilité, il n'est pas nécessaire de prouver que le demandeur s'est fié à la déclaration inexacte de faits, alors que cette preuve est essentielle à une cause d'action fondée sur une déclaration inexacte en common law. De plus, comme l'indique clairement l'art. 138.13, ce droit d'action statutaire s'ajoute aux autres droits d'action dont peut jouir le demandeur.

[12] Deux des éléments de ce régime revêtent une importance particulière en l'espèce.

[13] Premièrement, l'art. 138.8 impose l'obligation d'obtenir une permission avant d'intenter le recours statutaire fondé sur la déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire :

138.8 (1) Une action ne peut être intentée en vertu de l'article 138.3 qu'avec l'autorisation du tribunal, accordée sur motion avec préavis à chaque défendeur, et que si le tribunal est convaincu de ce qui suit :

- a) l'action est intentée de bonne foi;
- b) il est raisonnablement possible que l'action soit réglée au moment du procès en faveur du demandeur.

[14] Deuxièmement, l'art. 138.14 impose un délai de prescription dans le cas des recours fondés sur l'art. 138.3 :

138.14 No action shall be commenced under section 138.3,

- (a) in the case of misrepresentation in a document, later than the earlier of,
 - (i) three years after the date on which the document containing the misrepresentation was first released, and
 - (ii) six months after the issuance of a news release disclosing that leave has been granted to commence an action under section 138.3 or under comparable legislation in the other provinces or territories in Canada in respect of the same misrepresentation;

[15] Section 138.14 thus requires that the statutory action be commenced within the earlier of three years after the date of the misrepresentation and six months after a news release discloses that leave has been granted to commence a statutory action in Ontario, or under parallel legislation elsewhere in Canada. It should be noted that the scheme contains no internal mechanism for suspending the limitation period before or pending the granting of leave.

B. *Class Proceedings Act*

[16] Section 28 *CPA* provides for the suspension of any limitation period in a class proceeding as follows:

28. (1) Subject to subsection (2), any limitation period applicable to a cause of action asserted in a class proceeding is suspended in favour of a class member on the commencement of the class proceeding and resumes running against the class member when,

- (a) the member opts out of the class proceeding;
- (b) an amendment that has the effect of excluding the member from the class is made to the certification order;

138.14 Aucune action ne doit être intentée en vertu de l'article 138.3 :

- a) dans le cas de la présentation inexacte de faits dans un document, après le premier en date des jours suivants :
 - (i) trois ans après la date à laquelle le document contenant la présentation inexacte des faits a été publié pour la première fois,
 - (ii) six mois après la délivrance d'un communiqué portant qu'a été accordée une autorisation d'intenter une action en vertu de l'article 138.3 ou de dispositions législatives comparables d'autres provinces ou territoires du Canada à l'égard de la même présentation inexacte des faits;

[15] L'article 138.14 exige donc que le recours statuaire soit intenté dans les trois ans qui suivent la date de la déclaration inexacte de faits ou dans les six mois qui suivent la diffusion d'un communiqué portant qu'a été accordée la permission d'intenter un recours statuaire soit en Ontario, soit en vertu de dispositions législatives comparables ailleurs au Canada, selon la première de ces éventualités. Il est important de souligner que le régime ne prévoit aucun mécanisme interne permettant de suspendre le délai de prescription avant qu'une permission ne soit accordée ou à la condition qu'elle le soit.

B. *La Loi sur les recours collectifs*

[16] L'article 28 de la *LRC* prévoit ce qui suit relativement à la suspension de tout délai de prescription dans un recours collectif :

28. (1) Sous réserve du paragraphe (2), tout délai de prescription applicable à une cause d'action invoquée dans un recours collectif est suspendu en faveur d'un membre du groupe à l'introduction du recours collectif et reprend au détriment du membre au moment où, selon le cas :

- a) ce membre se retire du recours collectif;
- b) est apportée une modification de l'ordonnance certifiant le recours collectif qui a pour effet d'exclure du groupe le membre;

- | | |
|---|---|
| (c) a decertification order is made under section 10; | c) une ordonnance annulant l'ordonnance certifiant le recours collectif est rendue en vertu de l'article 10; |
| (d) the class proceeding is dismissed without an adjudication on the merits; | d) le recours collectif est rejeté sans décision sur le fond; |
| (e) the class proceeding is abandoned or discontinued with the approval of the court; or | e) il y a désistement du recours collectif avec l'approbation du tribunal; |
| (f) the class proceeding is settled with the approval of the court, unless the settlement provides otherwise. | f) le recours collectif fait l'objet d'une transaction avec l'approbation du tribunal, à moins que la transaction ne prévoie autre chose. |

(2) Where there is a right of appeal in respect of an event described in clauses (1) (a) to (f), the limitation period resumes running as soon as the time for appeal has expired without an appeal being commenced or as soon as any appeal has been finally disposed of.

(2) Lorsqu'il existe un droit d'appel à l'égard d'un des événements décrits aux alinéas (1) a) à f), le délai de prescription reprend dès l'expiration du délai d'appel, si aucun appel n'a été introduit, ou dès le règlement d'un appel.

C. Interaction Between Part XXIII.1 OSA and Section 28 CPA

C. L'interaction entre la partie XXIII.1 de la LVM et l'art. 28 de la LRC

[17] The primary issue in these appeals is the interaction of the leave requirement in Part XXIII.1 OSA with the suspension of the limitation period for a class proceeding under s. 28 CPA. Typically, where leave is not required, the operation of s. 28 CPA is straightforward: the commencement of a class proceeding would coincide with a statement of claim asserting a cause of action to be certified as a class action (*Logan v. Canada (Minister of Health)* (2004), 71 O.R. (3d) 451 (C.A.), at para. 21).

[17] La question principale dans les présents pourvois vise l'interaction entre l'obligation d'obtenir une permission prévue à la partie XXIII.1 de la LVM et la suspension du délai de prescription prévue par l'art. 28 de la LRC dans le cas d'un recours collectif. Habituellement, en l'absence d'une exigence d'obtenir une permission, l'application de l'art. 28 de la LRC est simple : le commencement d'un recours collectif coïncide avec le dépôt d'une déclaration alléguant une cause d'action à autoriser comme recours collectif (*Logan c. Canada (Minister of Health)* (2004), 71 O.R. (3d) 451 (C.A.), par. 21).

[18] Where leave is required, however, a statutory action cannot be commenced until leave is granted by the court. The issue in the cases at bar is whether s. 28 CPA operates to suspend the limitation period applicable to a statutory cause of action under s. 138.3 OSA at the time when an intention to seek leave under s. 138.8 OSA is pleaded in a class proceeding for a common law misrepresentation claim. This question has plagued the Ontario courts.

[18] Toutefois, lorsqu'une permission est nécessaire, un recours statuaire ne peut être intenté avant que le tribunal ne fasse droit à la demande de permission. La question dans les cas qui nous occupent est de savoir si l'art. 28 de la LRC a pour effet de suspendre le délai de prescription applicable au recours prévu à l'art. 138.3 de la LVM, dès le moment où le demandeur indique une intention de solliciter la permission du tribunal en vertu de l'art. 138.8 de la LVM dans le cadre d'un recours collectif pour déclaration inexacte en common law. Cette question a causé bien des soucis aux tribunaux de l'Ontario.

III. Judicial History and Facts

A. *Timminco*

[19] These appeals trace back to the Court of Appeal's ruling in *Timminco*. The appeal in that case concerned misrepresentations that had allegedly occurred between March and November 2008. The plaintiff had initiated a class proceeding in the Ontario Superior Court in which he asserted a common law cause of action for secondary market misrepresentation. An intention to seek leave for a statutory claim under s. 138.3 *OSA* was also stated in the pleadings, but leave had not been sought as of February 2011. With the statutory claim in jeopardy because of the looming limitation period, the plaintiff moved, in March 2011, for an order declaring that the limitation period was suspended by reason of s. 28 *CPA*. The motion judge granted the order (2011 ONSC 8024), which was then appealed.

[20] This table illustrates the timeline of the events in *Timminco*:

Alleged misrepresentations	March 17 to November 11, 2008
Statement of claim filed pursuant to the <i>CPA</i> , pleading common law cause of action and an intent to seek leave for s. 138.3 statutory action	May 14, 2009

III. Historique judiciaire et faits

A. *Timminco*

[19] Les présents pourvois tirent leur origine de l'arrêt *Timminco* de la Cour d'appel. Cet appel concernait des déclarations inexactes de faits qui auraient eu cours entre mars et novembre 2008. Le demandeur avait intenté en Cour supérieure de l'Ontario un recours collectif dans lequel il invoquait une cause d'action en common law pour déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire. Une intention de demander la permission d'intenter un recours en vertu de l'art. 138.3 de la *LVM* avait aussi été indiquée dans les actes de procédure, mais aucune telle permission n'avait été sollicitée jusqu'en février 2011. Comme le recours statuaire était compromis parce que le délai de prescription tirait à sa fin, le demandeur a sollicité, en mars 2011, une ordonnance portant que le délai de prescription était suspendu en application de l'art. 28 de la *LRC*. Le juge des requêtes a rendu l'ordonnance (2011 ONSC 8024), laquelle a été portée en appel par la suite.

[20] Le tableau ci-dessous illustre la chronologie des événements dans *Timminco* :

Déclarations inexactes alléguées	17 mars au 11 novembre 2008
Dépôt, en vertu de la <i>LRC</i> , d'une déclaration dans laquelle le demandeur invoque une cause d'action en common law et indique son intention de demander la permission d'intenter un recours en vertu de l'art. 138.3	14 mai 2009

Plaintiff requests case conference re limitation period	End of February, 2011
Case conference	March 10, 2011
Notice of motion filed seeking declaration that s. 138.14 limitation period is suspended and “conditional leave” to commence s. 138.3 action	March 14, 2011
Limitation period expires for statutory action	March 17 to November 11, 2011
Leave motion heard	March 25, 2011
Declaration of suspension granted by motion judge	March 31, 2011

[21] On February 16, 2012, Goudge J.A. held that under s. 28 *CPA*, a cause of action cannot be “asserted” until it can be enforced, and that in the case of a cause of action under Part XXIII.1 *OSA*, this is only possible after leave of the court is obtained. Goudge J.A. stressed that this interpretation of the provisions was the only one to produce textual coherence while also being consistent with the purposes of both the *OSA* and the *CPA*. To interpret “asserted” such that it includes a mere mention of an intention to seek leave, he concluded, would not be consistent with the ordinary meaning of the word and would produce results that the legislature could not have intended. For example, the limitation period would be suspended for the representative plaintiff in a class proceeding, but not for the same plaintiff in an individual proceeding. As a

Le demandeur sollicite la tenue d’une conférence préparatoire pour débattre de la question de la prescription	Fin février 2011
Conférence préparatoire	10 mars 2011
Avis de requête demandant un jugement déclarant que le délai de prescription prévu à l’art. 138.14 est suspendu et une « permission conditionnelle » pour intenter un recours en vertu de l’art. 138.3	14 mars 2011
Expiration du délai de prescription applicable à l’action statutoire	17 mars au 11 novembre 2011
Audition de la requête	25 mars 2011
Déclaration de suspension accordée par le juge des requêtes	31 mars 2011

[21] Le 16 février 2012, le juge Goudge concluait que, suivant l’art. 28 de la *LRC*, une cause d’action ne peut être « invoquée » avant de pouvoir être exercée et que dans le cas d’une cause d’action en vertu de la partie XXIII.1 de la *LVM*, on ne peut l’exercer qu’après avoir obtenu la permission du tribunal. Le juge Goudge soulignait que cette interprétation des dispositions était la seule cohérente sur le plan textuel tout en étant compatible avec les objets de la *LVM* et de la *LRC*. Il a donc conclu qu’interpréter le mot « invoquée » comme englobant la simple mention de l’intention de demander une permission ne s’accordait pas avec le sens ordinaire de ce mot et engendrerait des résultats que le législateur n’a pas pu souhaiter, comme la suspension du délai de prescription pour le représentant des demandeurs dans un recours collectif, alors

result, Goudge J.A. ruled that leave must be granted before the Part XXIII.1 OSA statutory cause of action can be asserted within the meaning of s. 28 CPA, and that it is only then that the limitation period is suspended in favour of the representative plaintiff and the other class members.

B. *Post-Timminco Decisions of the Ontario Superior Court*

[22] The decision in *Timminco* seems to have taken the Ontario Bar by surprise, throwing a wrench in the works of three proceedings that were then pending before the Superior Court and are now being appealed to this Court. In each of these cases, the motion judge found that he or she was bound by *Timminco*, but the three judges then diverged entirely on whether relief was available to the plaintiffs either by way of an order made *nunc pro tunc* (a Latin expression meaning “now for then” that is used to indicate that an act has retroactive legal effect) or by application of the doctrine of special circumstances.

- (1) *Green v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2012 ONSC 3637, 29 C.P.C. (7th) 225

(a) *Facts and Procedural Timeline*

[23] The plaintiffs allege that, between May 31 and December 6, 2007, the defendants failed to amply record and disclose the extent of CIBC’s exposure to and position in the United States residential mortgage market as the subprime mortgage crisis unfolded. On July 22, 2008, the plaintiffs filed a statement of claim which contained a claim for a common law cause of action for misrepresentations and indicated that they intended to seek leave to proceed with the statutory action. After a series of case conferences and amendments to the statement of claim, the plaintiffs filed a motion seeking leave for the statutory claim on January 21, 2010 in which they stated that leave would be

que cette même personne ne pourrait pas bénéficier d’une telle suspension dans le cadre d’une instance individuelle. En conséquence, le juge Goudge a statué qu’une permission doit être accordée avant que la cause d’action en vertu de la partie XXIII.1 de la LVM puisse être invoquée au sens de l’art. 28 de la LRC, et que ce n’est qu’à ce moment-là que le délai de prescription est suspendu en faveur du représentant des demandeurs et des autres membres du groupe.

B. *Les décisions de la Cour supérieure de l’Ontario postérieures à l’arrêt Timminco*

[22] L’arrêt *Timminco* semble avoir pris le barreau de l’Ontario par surprise, portant un dur coup aux trois recours alors pendants devant la Cour supérieure et qui font maintenant l’objet des pourvois devant notre Cour. Dans toutes ces affaires, les juges des requêtes se sont estimés liés par l’arrêt *Timminco*, mais ils en sont venus à des conclusions entièrement différentes sur la possibilité ou non d’accorder un redressement aux demandeurs, soit au moyen d’une ordonnance *nunc pro tunc* — locution latine signifiant « maintenant pour alors » —, soit par application de la doctrine des circonstances spéciales.

- (1) *Green c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2012 ONSC 3637, 29 C.P.C. (7th) 225

a) *Faits et chronologie des procédures*

[23] Les demandeurs allèguent que les défendeurs n’ont pas, entre le 31 mai et le 6 décembre 2007, dûment consigné et communiqué le niveau de vulnérabilité de CIBC et sa position sur le marché des hypothèques résidentielles aux États-Unis au moment où la crise des prêts hypothécaires à risque élevé est survenue. Le 22 juillet 2008, les demandeurs produisaient une déclaration fondée sur une cause d’action en common law, à savoir des déclarations inexactes, tout en indiquant leur intention de demander la permission d’aller de l’avant avec l’action statutaire. Après une série de conférences préparatoires et d’amendements apportés à

sought *nunc pro tunc* if the limitation period were to expire. Discussions between counsel to schedule the leave and certification motions continued until it was settled after a case conference in March 2010 that the motions would be heard a year later. On January 15, 2011, after the plaintiffs had completed their record in support of their motions, it was agreed that the original hearing dates were impractical, and the hearing was accordingly rescheduled for February 2012.

[24] The ruling in *Timminco* was released on the penultimate day of the original hearing of the motions for leave and for certification in *CIBC*. As the defendants put it, the ruling was a “thunderbolt” in a case in which the limitation period had never been at issue (*CIBC*, at para. 475). Following *Timminco*, counsel made additional representations on the limitation period issue, and another hearing was held on April 5, 2012.

[25] This table illustrates the timeline of the events in *CIBC*:

Alleged misrepresentations	May 31 to December 6, 2007
Statement of claim filed pursuant to the <i>CPA</i> , pleading common law cause of action and intent to seek leave for s. 138.3 statutory action	July 22, 2008

la déclaration, une requête visant à obtenir la permission d’intenter ce recours fut déposée le 21 janvier 2010, dans laquelle il était mentionné que la permission serait demandée *nunc pro tunc* advenant l’expiration du délai de prescription. Les pourparlers en vue de fixer l’audition de la requête pour permission et de celle en autorisation (aussi appelée « certification ») du recours collectif se sont poursuivis entre les avocats jusqu’à la tenue d’une conférence préparatoire en mars 2010, au cours de laquelle les dates d’audience ont été fixées pour l’année suivante. Le 15 janvier 2011, après que les demandeurs aient complété leur dossier à l’appui de leurs requêtes, il fut convenu que les dates d’audience initiales étaient peu pratiques, si bien que l’audience a été reportée en février 2012.

[24] L’arrêt *Timminco* fut rendu l’avant-dernier jour de l’audition initiale des requêtes pour permission et autorisation du recours collectif dans le dossier *CIBC*. Pour reprendre l’expression des défendeurs, la décision fut un [TRADUCTION] « coup de tonnerre » dans une cause où le délai de prescription n’avait jamais été un point contentieux (*CIBC*, par. 475). Après l’arrêt *Timminco*, les avocats formulèrent des observations supplémentaires sur le délai de prescription et une autre audience eut lieu le 5 avril 2012.

[25] Le tableau ci-dessous illustre la chronologie des événements dans *CIBC* :

Déclarations inexactes alléguées	31 mai au 6 décembre 2007
Dépôt, en vertu de la <i>LRC</i> , d’une déclaration dans laquelle les demandeurs invoquent une cause d’action en common law et indiquent leur intention de demander la permission d’intenter un recours en vertu de l’art. 138.3	22 juillet 2008

Notice of motion seeking leave under s. 138.8	January 21, 2010
Case conference	March 17, 2010
Limitation period expires for statutory action	May 31 to December 6, 2010
Plaintiffs' record completed	January 15, 2011
Leave and certification motions heard	February 9, 10, 13-17; April 5, 2012
<i>Timminco</i> released	February 16, 2012
Hearing on limitation period issue	April 5, 2012

(b) *Disposition*

[26] In his exhaustive ruling, Strathy J. (as he then was) considered the requirements for granting leave under s. 138.8 *OSA*: (1) that the action is being brought in good faith; and (2) that there is a reasonable possibility of success. Good faith, he held, requires an honest and reasonable belief that the claim has merit, and a genuine intent and capacity to pursue it. He found that the plaintiffs had met this requirement and that this had not been seriously challenged by the defendants. As to the reasonable possibility of success requirement, Strathy J. stated that it is a “relatively low threshold” (para. 373) and that the question to ask is “whether, having considered all the evidence adduced by the parties and having regard to the limitations of the motions process, the plaintiffs’ case is so weak or has been so successfully rebutted by the defendant, that it has no reasonable possibility of success” (para. 374). Had he applied this standard, Strathy J. would have granted the leave motion, but

Avis de requête sollicitant une permission en vertu de l’art. 138.8	21 janvier 2010
Conférence préparatoire	17 mars 2010
Expiration du délai de prescription applicable à l’action statutaire	31 mai au 6 décembre 2010
Dossier des demandeurs complété	15 janvier 2011
Audition de la requête pour permission et de la requête en autorisation du recours collectif	9, 10, 13-17 février; 5 avril 2012
Arrêt <i>Timminco</i>	16 février 2012
Audience sur la question du délai de prescription	5 avril 2012

b) *Décision*

[26] Dans un jugement exhaustif, le juge Strathy (maintenant Juge en chef de l’Ontario) a examiné les exigences à remplir pour qu’une permission visée à l’art. 138.8 de la *LVM* soit accordée : (1) l’action est intentée de bonne foi et (2) la possibilité raisonnable de succès. Il a conclu que l’exigence de la bonne foi consistait en une croyance honnête et raisonnable que le recours était fondé et comportait également une intention et une capacité véritables d’intenter et de mener à terme le recours; selon lui, les demandeurs respectaient cette exigence qui, toujours selon lui, n’a pas été sérieusement contestée par les défendeurs. Quant à l’exigence de la possibilité raisonnable de succès, le juge Strathy l’a décrite comme un [TRADUCTION] « critère préliminaire relativement peu exigeant » (par. 373), ajoutant que le tribunal devait se demander si, « eu égard à l’ensemble de la preuve présentée par les parties et compte tenu des limites du processus des requêtes,

he found that he was bound by *Timminco*, as he saw no way to distinguish it from the case before him.

[27] Strathy J. went on to rule that he did not have jurisdiction to extend the limitation period either by issuing an order *nunc pro tunc* or by applying the doctrine of special circumstances. On the issue of *nunc pro tunc*, Strathy J. stated that the court has inherent jurisdiction to correct a slip or an oversight in the name of justice, but added that this case does not “strictly speaking” involve a slip, since the plaintiffs had recognized the possibility of the limitation period expiring and had assumed that their motion for leave would result in a *nunc pro tunc* order (para. 511). As regards both *nunc pro tunc* and the doctrine of special circumstances, Strathy J. found that he did not have jurisdiction, because (1) Part XXIII.1 *OSA* is designed to be a comprehensive code under which a limitation period begins to run upon the occurrence of objective events; (2) nothing in the legislation or in the judicial interpretation thereof suggests that the court has jurisdiction to make such an order; and (3) the general philosophy underlying the law of limitations in Ontario is one of clearly defined periods that are not subject to judge-made exceptions. As a result, he held that the limitation period for the plaintiffs’ statutory action had expired and that no relief was available to them.

(2) *Silver v. IMAX*, 2012 ONSC 4881

(a) *Facts and Procedural Timeline*

[28] The plaintiffs allege that, between February 17 and March 9, 2006, the defendants made misrepresentations overstating IMAX Corp.’s revenue and

le recours des demandeurs est tellement faible ou a été réfuté par le défendeur avec tant de succès que le demandeur n’a aucune possibilité raisonnable de succès » (par. 374). S’il avait appliqué cette norme, le juge Strathy conclut qu’il aurait accordé la permission sollicitée. Il s’est toutefois estimé lié par l’arrêt *Timminco*, n’ayant vu aucun moyen de distinguer cet arrêt du dossier dont il était saisi.

[27] Le juge Strathy a également statué qu’il n’avait pas compétence pour proroger le délai de prescription, que ce soit en rendant une ordonnance *nunc pro tunc*, soit en appliquant la doctrine des circonstances spéciales. En ce qui a trait à la question de la doctrine *nunc pro tunc*, le juge Strathy a affirmé que le tribunal a compétence inhérente pour corriger une erreur ou un oubli au nom de la justice, mais a écrit que cette affaire ne concernait pas [TRADUCTION] « à proprement parler » une erreur, puisque les demandeurs avaient reconnu que le délai de prescription pouvait expirer et avaient présumé qu’une ordonnance *nunc pro tunc* serait rendue dans le cadre de leur requête pour permission (par. 511). Tant quant à la doctrine *nunc pro tunc* qu’à celle des circonstances spéciales, le juge Strathy a estimé qu’il n’avait pas compétence parce que : (1) la partie XXIII.1 de la *LVM* constitue un code complet, suivant lequel le délai de prescription commence à courir lorsque surviennent des faits objectifs; (2) rien dans la loi ou dans l’interprétation judiciaire de la loi ne suggère que les tribunaux auraient compétence pour rendre pareille ordonnance; (3) la philosophie générale sous-tendant les règles de la prescription en Ontario veut que les délais soient bien définis et qu’ils ne soient pas assujettis aux exceptions établies par les tribunaux. En conséquence, le juge Strathy a conclu que le délai de prescription applicable au recours statuaire des demandeurs était expiré et qu’aucun redressement ne pouvait leur être accordé.

(2) *Silver c. IMAX*, 2012 ONSC 4881

a) *Faits et chronologie des procédures*

[28] Les demandeurs allèguent qu’entre le 17 février et le 9 mars 2006, les défendeurs ont fait de fausses déclarations en gonflant les recettes et le

net income for 2005. In their statement of claim, issued on September 20, 2006, the plaintiffs asserted a common law cause of action for misrepresentations and an intention to seek leave for a claim under s. 138.3 OSA. They served their motion for leave on November 28, 2006, and the motion record in February 2007. A hearing was originally scheduled for December 2007. However, delays ensued as the record became, in the motion judge's words, "complex and voluminous" (para. 9 (CanLII)). The parties requested that the leave motion be heard at the same time as the motion for certification and a motion under rule 21 of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, to strike certain common law causes of action from the statement of claim. Ultimately, the hearing on the three motions was concluded on December 19, 2008, though an additional attendance and further written submissions followed on the certification and rule 21 motions. It should be noted that as at December 19, 2008, 79 days remained of the three-year limitation period under s. 138.14.

[29] The judgment remained under reserve for nearly a year before van Rensburg J. (as she then was) granted leave in respect of the statutory cause of action on December 14, 2009. During that period, the motion judge had held a telephone conference in the course of which she raised the maxim *actus curiae neminem gravabit* — an act of the court will prejudice no one — in relation to the limitation period, and requested submissions from the parties, who agreed that the limitation period should be suspended while the decision was under reserve.

[30] After the granting of leave, it took another two years, until December 12, 2011, before the plaintiffs filed a fresh statement of claim in which they pleaded the statutory cause of action and added the following

bénéfice net d'IMAX Corp. pour l'année 2005. Dans leur déclaration déposée le 20 septembre 2006, les demandeurs ont invoqué une cause d'action fondée sur la common law pour déclarations inexactes, et ont indiqué leur intention de demander la permission d'intenter un recours en vertu de l'art. 138.3 de la *LVM*. Ils ont signifié leur requête pour permission le 28 novembre 2006, puis leur dossier de requête en février 2007. L'audition devait initialement se tenir en décembre 2007. Toutefois, il y a eu des délais, le dossier étant devenu, pour reprendre les propos de la juge de première instance, [TRADUCTION] « complexe et volumineux » (par. 9 (CanLII)). Les parties ont demandé à ce que la requête pour permission soit instruite en même temps que la requête en autorisation du recours collectif et la requête en vertu de l'art. 21 des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, pour faire radier certaines des causes d'action en common law de la déclaration. Finalement, l'audition des trois requêtes s'est terminée le 19 décembre 2008, bien qu'une audition additionnelle ait eu lieu et que d'autres observations aient été présentées dans le cadre de la requête en autorisation du recours collectif et de celle fondée sur l'art. 21 des *Règles*. Il est important de noter qu'au 19 décembre 2008, il restait 79 jours à écouler au délai de trois ans imparti à l'art. 138.14.

[29] Le délibéré sur ces requêtes s'est poursuivi pendant près d'un an jusqu'à ce que la juge van Rensburg (maintenant juge à la Cour d'appel) accorde, le 14 décembre 2009, la permission d'intenter le recours statutaire. Durant cette période, la juge de première instance a tenu une conférence téléphonique au cours de laquelle elle a soulevé la question de la doctrine de l'*actus curiae neminem gravabit* — un acte du tribunal ne doit pas porter préjudice à une partie au litige — relativement au délai de prescription et a demandé aux parties de lui présenter leurs observations. Les parties ont alors convenu qu'il y avait lieu de suspendre le délai de prescription pendant toute la durée du délibéré.

[30] Après que la permission fut accordée, il a fallu deux autres années, soit jusqu'au 12 décembre 2011, avant que les demandeurs ne déposent une nouvelle déclaration dans laquelle ils

individuals as defendants: Neil S. Braun, Kenneth G. Copland, Garth M. Girvan, David W. Leebron and Kathryn A. Gamble. The defendants filed a statement of defence on February 6, 2012. This statement was amended on February 16, 2012, the day of *Timminco's* release, to assert that the limitation period applicable to the plaintiffs' statutory right of action had expired.

[31] This table illustrates the timeline of the events in *IMAX*:

Alleged misrepresentations	February 17 to March 9, 2006
Statement of claim filed pursuant to the <i>CPA</i> , pleading common law cause of action and intent to seek leave for s. 138.3 statutory action	September 20, 2006
Notice of motion seeking leave under s. 138.8	November 28, 2006
Leave and certification motions heard	December 15-19, 2008
Limitation period expires for statutory action	February 17 to March 9, 2009
Leave granted and class action certified	December 14, 2009 (the order was back-dated to December 19, 2008 on August 27, 2012)

plaidaient la cause d'action statutaire et par laquelle ils ajoutaient les personnes suivantes comme défendeurs : Neil S. Braun, Kenneth G. Copland, Garth M. Girvan, David W. Leebron et Kathryn A. Gamble. Les défendeurs déposaient une défense le 6 février 2012, laquelle fut modifiée le 16 février 2012, jour du prononcé de l'arrêt *Timminco*, pour prétendre que le délai de prescription applicable au droit d'action légal des demandeurs était expiré.

[31] Le tableau ci-dessous illustre la chronologie des événements dans *IMAX* :

Déclarations inexactes alléguées	17 février au 9 mars 2006
Dépôt, en vertu de la <i>LRC</i> , d'une déclaration dans laquelle les demandeurs invoquent une cause d'action en common law et indiquent leur intention de demander la permission d'intenter un recours en vertu de l'art. 138.3	20 septembre 2006
Avis de requête sollicitant une permission en vertu de l'art. 138.8	28 novembre 2006
Audition de la requête pour permission et de la requête en autorisation du recours collectif	15-19 décembre 2008
Expiration du délai de prescription applicable à l'action statutaire	17 février au 9 mars 2009
Permission accordée et recours collectif autorisé	14 décembre 2009 (le 27 août 2012, l'ordonnance a été antidatée au 19 décembre 2008)

Fresh statement of claim pleading statutory cause of action and adding new defendants filed	December 12, 2011
<i>Timminco</i> released	February 16, 2012
Leave order amended <i>nunc pro tunc</i> : leave effective December 19, 2008	August 27, 2012

(b) *Disposition*

[32] In her decision to amend the leave order, van Rensburg J., too, found that she was bound by *Timminco*, but she parted company with Strathy J. by finding that she had an inherent jurisdiction to grant the motion for leave *nunc pro tunc*. She wrote that absent an explicit prohibition of a *nunc pro tunc* order, a statute must be understood to contemplate the possibility of such an order. Furthermore, she drew attention to the inclusion of s. 138.14 in Sch. B to the *Limitations Act, 2002*, S.O. 2002, c. 24, which according to her lists provisions in respect of which common law doctrines such as *nunc pro tunc* continue to apply. On her reading of the jurisprudence on *nunc pro tunc* orders, the case before her was clearly one in which the court has the ability to ensure that a plaintiff's rights will not be arbitrarily affected by matters outside his or her control, such as the court's schedule. Van Rensburg J. added that limitation periods are not meant to foreclose causes of action that have been "actively and vigorously pursued" (para. 85). She granted the plaintiffs leave *nunc pro tunc* effective December 19, 2008, the date argument was concluded on the leave motion, and authorized the plaintiffs to amend their statement of claim to assert the statutory claim, except against two of the proposed defendants, Mr. Utay and Mr. Fuchs. Van Rensburg J. excluded them from the *nunc pro tunc* order as a result of her finding in *Silver v. Imax Corp.* (2009), 66 B.L.R. (4th) 222 (Ont. S.C.J.), at

Dépôt de la déclaration amendée plaidant une cause d'action statutaire et ajoutant de nouveaux défendeurs	12 décembre 2011
Arrêt <i>Timminco</i>	16 février 2012
Ordonnance modifiée accordant la permission <i>nunc pro tunc</i> : la permission prend effet le 19 décembre 2008	27 août 2012

b) *Décision*

[32] Dans sa décision de modifier l'ordonnance accordant la permission, la juge van Rensburg s'est elle aussi estimée liée par l'arrêt *Timminco*, mais s'est dissociée du juge Strathy en concluant qu'elle avait compétence inhérente pour accueillir la requête pour permission *nunc pro tunc*. Elle a écrit que, sauf disposition expresse interdisant le prononcé d'une ordonnance *nunc pro tunc*, la loi devait être comprise comme permettant de rendre pareille ordonnance. De plus, elle a souligné l'ajout de l'art. 138.14 à l'ann. B de la *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, L.O. 2002, c. 24, laquelle, de l'avis de la juge, contient une liste des dispositions à l'égard desquelles les doctrines de common law comme celle de *nunc pro tunc* subsistent. Selon sa compréhension de la jurisprudence sur les ordonnances *nunc pro tunc*, l'affaire dont elle était saisie en était clairement une où le tribunal pouvait intervenir afin que les droits du demandeur ne soient pas arbitrairement compromis par des questions indépendantes de la volonté de ce dernier comme le calendrier du tribunal. La juge van Rensburg a ajouté que les délais de prescription ne visent pas à faire obstacle aux causes d'action [TRADUCTION] « activement et vigoureusement invoquées » (par. 85). Elle a accordé aux demandeurs la permission *nunc pro tunc* au 19 décembre 2008, le jour de la conclusion du débat sur la requête, et leur a permis d'amender leur déclaration pour invoquer le recours statutaire,

para. 24, that the plaintiffs had no reasonable possibility of success against them.

[33] Additionally, van Rensburg J. held that the doctrine of special circumstances was not applicable in this case. In her estimation, the doctrine is meant to allow amendments to an existing statement of claim which add new causes of action where the limitation period has been suspended by the commencement of the action, whereas the plaintiffs in the case before her were seeking to amend their statement of claim to add a claim which stemmed from the same facts but required leave. She found that the doctrine was “analytically irrelevant”, since it did not “fit within the framework of a limitation period such as that provided for in s. 138.14” (para. 77).

(3) *Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund (Trustees of) v. Celestica Inc.*, 2012 ONSC 6083, 113 O.R. (3d) 264

(a) *Facts and Procedural Timeline*

[34] The defendant Celestica Inc. is an electronics manufacturer incorporated in Ontario that trades shares on both the Toronto Stock Exchange (“TSX”) and the New York Stock Exchange. The plaintiffs Trustees of the Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund (“Millwright Trustees”) purchased Celestica shares on both exchanges, whereas the plaintiffs Nabil Berzi and Huacheng Xing purchased Celestica shares only on the TSX. The alleged misrepresentations relate to the progress and success of a \$225 to \$275 million restructuring of the company that took place between January 27, 2005 and January 30, 2007.

sauf à l’égard de deux des défendeurs proposés, MM. Utay et Fuchs. La juge van Rensburg a refusé d’inclure ces défendeurs dans l’ordonnance *nunc pro tunc* en raison de la conclusion qu’elle a tirée au par. 24 de la décision *Silver c. Imax Corp.* (2009), 66 B.L.R. (4th) 222 (C.S.J. Ont.), selon laquelle les demandeurs n’avaient aucune possibilité raisonnable de succès contre eux.

[33] De plus, la juge van Rensburg a conclu que la doctrine des circonstances spéciales ne s’appliquait pas dans cette affaire. Selon elle, cette doctrine vise à autoriser des modifications à une déclaration existante pour ajouter de nouvelles causes d’action lorsque la prescription a été suspendue en raison de l’introduction du recours, alors que les demandeurs en l’espèce cherchaient à insérer dans leur déclaration une réclamation qui découlait des mêmes faits, mais qui nécessitait une permission. Elle a estimé que la doctrine n’était [TRADUCTION] « pas pertinente sur le plan analytique » puisqu’elle « ne s’inscrivait pas dans le cadre d’un délai de prescription comme celui prévu à l’art. 138.14 » (par. 77).

(3) *Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund (Trustees of) c. Celestica Inc.*, 2012 ONSC 6083, 113 O.R. (3d) 264

a) *Faits et chronologie des procédures*

[34] La défenderesse Celestica Inc. est un fabricant de produits électroniques constitué en société en Ontario, dont les actions sont transigées à la Bourse de Toronto (« TSX ») et à la Bourse de New York. Les demandeurs fiduciaires de la caisse de retraite du Millwright Regional Council of Ontario (« fiduciaires de Millwright ») ont acheté des actions de Celestica sur les deux bourses tandis que les demandeurs Nabil Berzi et Huacheng Xing n’ont acheté des actions de cette société que sur la TSX. Les déclarations inexactes de faits alléguées concernent l’évolution et le succès d’une restructuration de la société de 225 à 275 millions de dollars, et ces déclarations auraient été faites entre le 27 janvier 2005 et le 30 janvier 2007.

[35] The Millwright Trustees launched a class action in the United States on March 2, 2007. On August 20, 2007, Mr. Xing filed a statement of claim in Ontario for a class proceeding concerning a common law cause of action for misrepresentation in which he pleaded an intention to seek leave in respect of a statutory claim under s. 138.3 *OSA*; Mr. Berzi did the same on August 27, 2008. The Millwright Trustees' U.S. class action was dismissed in District Court on October 14, 2010 after a pivotal ruling in *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, 561 U.S. 247 (2010), to the effect that "foreign plaintiffs who purchased securities on foreign exchanges where there was no trading of those securities on any domestic U.S. exchange could no longer pursue actions under the U.S. *Securities and Exchange Act of 1934*, 15 U.S.C. § 78a" (*Celestica*, at para. 33). In response, the Millwright Trustees filed a statement of claim for a class proceeding concerning a common law cause of action for misrepresentation in Ontario on April 8, 2011, alleging the same misrepresentations in *Celestica*'s public disclosure documents as in their U.S. case. On December 29, 2011, the U.S. Second Circuit Court of Appeals unanimously reversed the dismissal of the Millwright Trustees' action and remanded that action for further proceedings. At that time, the pending actions of Mr. Xing and Mr. Berzi in Ontario remained inactive.

[36] The release of *Timminco* on February 16, 2012 spurred the plaintiffs into action on the Canadian front. The Millwright Trustees filed a motion for leave under s. 138.8 *OSA* on February 24, 2012. Perell J. then ordered the consolidation of the Millwright Trustees, Xing and Berzi cases on April 13, 2012. A motion to strike all claims as statute-barred was heard in October of that year.

[37] This table illustrates the timeline of the events in *Celestica*:

[35] Les fiduciaires de Millwright ont intenté un recours collectif aux États-Unis le 2 mars 2007. Le 20 août 2007, M. Xing déposait en Ontario une déclaration dans le cadre d'un recours collectif pour déclaration inexacte en common law, où il indiquait son intention de demander la permission d'intenter un recours en vertu de l'art. 138.3 de la *LVM*. Monsieur Berzi faisait de même le 27 août 2008. Le recours collectif intenté par les fiduciaires de Millwright aux É.-U. fut rejeté en cour de district le 14 octobre 2010, après le prononcé de l'arrêt clé *Morrison c. National Australia Bank Ltd.*, 561 U.S. 247 (2010), dans laquelle le juge a conclu que [TRADUCTION] « les demandeurs étrangers qui ont acheté des valeurs mobilières sur les bourses étrangères — du fait que celles-ci n'étaient négociées sur aucune bourse américaine interne — ne pouvaient désormais plus instituer de recours sur le fondement de la *Securities and Exchange Act of 1934*, 15 U.S.C. § 78a, des États-Unis » (*Celestica*, par. 33). Les fiduciaires de Millwright réagirent en déposant le 8 avril 2011 une déclaration dans le cadre d'un recours collectif pour déclaration inexacte en common law en Ontario, dans laquelle ils alléguaient les mêmes informations inexactes contenues dans les documents dévoilés publiquement par *Celestica* que dans leur dossier américain. Le 29 décembre 2011, la Cour d'appel du deuxième circuit des É.-U. infirmait à l'unanimité le rejet du recours des fiduciaires de Millwright et renvoyait l'affaire pour qu'elle suive son cours. Pendant ce temps, les recours de MM. Xing et Berzi pendants en Ontario étaient restés au point mort.

[36] L'arrêt *Timminco* rendu le 16 février 2012 a incité les demandeurs à agir du côté canadien. Le 24 février 2012, les fiduciaires de Millwright déposaient une requête pour permission en vertu de l'art. 138.8 de la *LVM*. Le juge Perell a alors ordonné le regroupement des actions des fiduciaires de Millwright, de M. Xing et de M. Berzi le 13 avril 2012. Une requête demandant le rejet de toutes les actions au motif qu'elles étaient prescrites fut entendue en octobre 2012.

[37] Le tableau ci-dessous illustre la chronologie des événements dans *Celestica* :

Alleged misrepresentations	January 27, 2005 to January 30, 2007
Millwright Trustees file class action in U.S.	March 2, 2007
Xing files pursuant to the CPA a statement of claim for common law cause of action and pleading intent to seek leave for s. 138.3 statutory action	August 20, 2007
Defendants in U.S. class action bring motion to strike	March 17, 2008
Berzi files statement of claim for common law cause of action and pleading intent to seek leave for s. 138.3 action	August 27, 2008
Limitation period expires for statutory action	January 27, 2008 to January 30, 2010
U.S. Supreme Court decision in <i>Morrison</i>	June 24, 2010
District Court dismisses Millwright Trustees' U.S. class proceeding	October 14, 2010

Déclarations inexactes alléguées	27 janvier 2005 au 30 janvier 2007
Dépôt d'un recours collectif par les fiduciaires de Millwright aux É.-U.	2 mars 2007
Dépôt par M. Xing, en vertu de la LRC, d'une déclaration dans laquelle il invoque une cause d'action en common law et indique son intention de demander la permission d'intenter un recours en vertu de l'art. 138.3	20 août 2007
Les défendeurs américains présentent une requête en rejet	17 mars 2008
Dépôt par M. Berzi, en vertu de la LRC, d'une déclaration dans laquelle il invoque une cause d'action en common law et indique son intention de demander la permission d'intenter un recours en vertu de l'art. 138.3	27 août 2008
Expiration du délai de prescription applicable à l'action statutaire	27 janvier 2008 au 30 janvier 2010
Arrêt <i>Morrison</i> de la Cour suprême des É.-U.	24 juin 2010
La Cour de district rejette le recours collectif intenté par les fiduciaires de Millwright aux É.-U.	14 octobre 2010

Millwright Trustees file statement of claim for common law cause of action	April 8, 2011
U.S. Court of Appeals reverses dismissal of U.S. class action	December 29, 2011
<i>Timminco</i> released	February 16, 2012
Notice of motion seeking leave under s. 138.8 OSA filed by Millwright Trustees	February 24, 2012
Xing, Berzi and Millwright Trustees actions consolidated	April 13, 2012

(b) *Disposition*

[38] Perell J. ruled that as a result of *Timminco*, the statutory claim was time-barred, but he found that the doctrine of special circumstances could be applied so as to grant leave *nunc pro tunc* were it necessary to do so. Broadly, in his view, the doctrine is not limited to the addition of new causes of action, as van Rensburg J. had suggested, but is, rather, a discretionary doctrine that can be adapted to the factual circumstances of a particular case. In addition, he wrote, the doctrine of special circumstances is a common law doctrine which is applicable to the s. 138.14 OSA limitation period as a result of that provision's inclusion in Sch. B to the *Limitations Act, 2002*. Perell J. then held that the following special circumstances existed in the case before him:

Dépôt par les fiduciaires de Millwright d'une déclaration invoquant une cause d'action en common law	8 avril 2011
La Cour d'appel des É.-U. infirme le rejet du recours collectif américain	29 décembre 2011
Arrêt <i>Timminco</i>	16 février 2012
Dépôt par les fiduciaires de Millwright d'un avis de requête sollicitant la permission en vertu de l'art. 138.8 de la LVM	24 février 2012
Regroupement des actions de M. Xing, de M. Berzi et des fiduciaires de Millwright	13 avril 2012

b) *Décision*

[38] Le juge Perell a statué que, selon *Timminco*, le recours statuaire était prescrit, mais il a conclu que la doctrine des circonstances spéciales pouvait s'appliquer de façon à accorder la permission *nunc pro tunc* quand il était nécessaire de le faire. De façon générale, selon le juge Perell, la doctrine ne se limite pas à l'ajout de nouvelles causes d'action, comme le suggérait la juge van Rensburg, mais constitue plutôt une doctrine discrétionnaire adaptable aux faits propres à une affaire donnée. Il ajoute que cette doctrine en est aussi une de common law, applicable au délai imparti à l'art. 138.14 de la LVM puisque cette disposition figure à l'ann. B de la *Loi de 2002 sur la prescription des actions*. Le juge Perell a ensuite conclu que les circonstances spéciales suivantes étaient présentes dans le cas dont il était saisi :

. . . (1) the defendants have known of the factual allegations against them since 2007, including the Part XXIII.1 claims; (2) the defendants have had a full opportunity to investigate the claims against them; (3) there is no prejudice to the defendants; (4) the law has changed unexpectedly — twice — each time to the plaintiffs' and class' detriment; (5) the plaintiffs' Part XXIII.1 claims do not raise new factual allegations; and (6) the defendants did not raise limitation periods in any of the class proceedings until now. [para. 145]

[39] Perell J. therefore ruled that these special circumstances would justify granting leave for the statutory action *nunc pro tunc* were it to be granted at a later date. Leave was eventually granted to the plaintiffs with respect to some of the alleged misrepresentations a year and a half later: 2014 ONSC 1057, 49 C.P.C. (7th) 12.

C. *Ontario Court of Appeal Decision (2014 ONCA 90)*

[40] The Ontario Court of Appeal convened a panel of five judges to consider the appeals from the decisions on the motions in the three cases and to determine whether *Timminco* should be overturned.

[41] Feldman J.A., writing for a unanimous court, held that for the purposes of s. 28 CPA, asserting a claim should be understood to mean “to invoke a legal right” rather than solely to “enforce” one, particularly considering that any ambiguity in interpreting a limitation provision must be resolved in favour of the plaintiff (paras. 45-47). The court found that this interpretation would not produce an indefinite suspension, which was a concern Goudge J.A. had raised in *Timminco*, because the diligence of the defendants and the class action case management judge would ensure that stalled proceedings are dismissed. Feldman J.A. reasoned that although this reading of s. 28 CPA produces the “unusual, if not anomalous effect” (para. 51) that the limitation period will be suspended if a s. 138.3 statutory

[TRANSLATION] . . . (1) les défendeurs connaissaient les allégations de fait formulées contre eux depuis 2007, de même que les réclamations fondées sur la partie XXIII.1; (2) les défendeurs avaient eu amplement l'occasion d'examiner les réclamations présentées contre eux; (3) les défendeurs n'ont subi aucun préjudice; (4) le droit a changé de manière inattendue — deux fois — chaque fois au détriment des demandeurs et du groupe; (5) les réclamations des demandeurs fondées sur la partie XXIII.1 ne soulèvent aucune nouvelle allégation de fait; (6) les défendeurs n'ont invoqué les délais de prescription dans aucun des recours collectifs avant aujourd'hui. [par. 145]

[39] Le juge Perell a en conséquence statué que ces circonstances spéciales justifieraient l'octroi *nunc pro tunc* de la permission d'intenter le recours statuaire, si elle devait être accordée à une date ultérieure. La permission fut finalement accordée aux demandeurs relativement à certaines des déclarations inexactes alléguées un an et demi plus tard : 2014 ONSC 1057, 49 C.P.C. (7th) 12.

C. *La décision de la Cour d'appel de l'Ontario (2014 ONCA 90)*

[40] La Cour d'appel de l'Ontario a convoqué une formation de cinq juges pour instruire les appels interjetés contre les décisions sur les requêtes dans les trois dossiers et pour décider si l'arrêt *Timminco* devait être infirmé.

[41] S'exprimant au nom de la Cour d'appel à l'unanimité, la juge Feldman a conclu que le terme « invoquée » figurant à l'art. 28 de la LRC devait être compris comme signifiant [TRANSLATION] « invoquer un droit », et non simplement « le faire valoir », surtout en tenant compte du fait que toute ambiguïté dans l'interprétation d'un délai de prescription devait être résolue en faveur du demandeur (par. 45-47). La Cour d'appel a conclu que cette interprétation n'aurait pas comme conséquence la suspension indéfinie du recours collectif, comme le craignait le juge Goudge dans l'arrêt *Timminco*, puisque des défendeurs diligents et le juge chargé de la gestion de l'instance feraient en sorte que les recours frivoles soient rejetés. La juge Feldman a expliqué que même si cette interprétation de l'art. 28

claim is asserted in a class proceeding, but not if it is asserted in an individual action, this effect followed from a statutory scheme that was optimized for class proceedings. Feldman J.A. also expressed concern for judicial economy, worrying that all members of a class would be required to start their own actions while waiting to see if leave would be granted in the class proceeding. Overall, the Court of Appeal ruled that its new interpretation was consistent with the purposes of the *CPA* and the *OSA*, and of limitation periods generally.

[42] As a result of the Court of Appeal's conclusion that *Timminco* had been wrongly decided, the statutory actions in *CIBC*, *IMAX* and *Celestica* were each held not to be statute-barred. Feldman J.A. also upheld the interpretation of the "reasonable possibility" threshold for granting leave under s. 138.8 *OSA* given by Strathy J. in *CIBC*.

D. *Legislative Amendment*

[43] Following the Court of Appeal's decision in the cases at bar, the Ontario legislature amended s. 138.14 *OSA* to include the following subs. (2):

(2) A limitation period established by subsection (1) in respect of an action is suspended on the date a notice of motion for leave under section 138.8 is filed with the court and resumes running on the date,

- (a) the court grants leave or dismisses the motion and,
 - (i) all appeals have been exhausted, or
 - (ii) the time for an appeal has expired without an appeal being filed; or
- (b) the motion is abandoned or discontinued.

de la *LRC* a pour conséquence que le délai de prescription soit suspendu dès qu'un recours visé par l'art. 138.3 est exercé par le biais d'un recours collectif, alors que ce ne serait pas le cas d'un recours individuel, cette conséquence « inhabituelle, voire anormale » (par. 51) est néanmoins conforme au régime législatif optimisé pour les recours collectifs. La juge Feldman a également indiqué se soucier de l'économie des ressources judiciaires, craignant que les membres du groupe soient tous tenus d'intenter leur propre action en attendant de voir si la permission sollicitée serait accordée. Dans l'ensemble, la Cour d'appel a jugé que cette nouvelle interprétation concordait avec les objets de la *LRC* et de la *LVM* ainsi qu'avec les délais de prescription en général.

[42] La Cour d'appel ayant conclu que l'arrêt *Timminco* était mal fondé, les recours statutaires intentés dans les dossiers *CIBC*, *IMAX* et *Celestica* ont tous été jugés non prescrits. La juge Feldman a également confirmé l'interprétation qu'avait donnée le juge Strathy dans *CIBC* du critère préliminaire de la « possibilité raisonnable » applicable en matière de permission suivant l'art. 138.8 de la *LVM*.

D. *Modification législative*

[43] À la suite de la décision de la Cour d'appel dans les présents dossiers, le législateur ontarien a modifié l'art. 138.14 de la *LVM* afin d'y ajouter le par. (2) ci-dessous :

(2) Le délai de prescription créé par le paragraphe (1) à l'égard d'une action est suspendu à la date où un avis de motion en autorisation visé à l'article 138.8 est déposé au tribunal et recommence à courir à la date où, selon le cas :

- a) le tribunal accorde l'autorisation ou rejette la motion et l'une des conditions suivantes est remplie :
 - (i) toutes les voies d'appel ont été épuisées,
 - (ii) le délai d'appel a expiré sans qu'un appel ait été interjeté;
- b) la motion fait l'objet d'un désistement.

IV. Issues

[44] There are two issues common to each of these appeals:

1. Does s. 28 *CPA* operate to suspend the limitation period applicable to a statutory claim under s. 138.3 *OSA* at the time when an intention to seek leave under s. 138.8 *OSA* is pleaded in a proposed class proceeding alleging a common law misrepresentation claim?
2. If not, can the plaintiffs obtain relief in the form of an order granting leave *nunc pro tunc* or pursuant to the doctrine of special circumstances?

[45] In addition, there are two issues raised only by the defendants in *CIBC* which I will discuss at the end of these reasons:

1. Was the threshold test for leave under s. 138.8 *OSA* properly interpreted and applied?
2. Can a class proceeding based on a common law cause of action be the preferable procedure for resolving a secondary market misrepresentation claim?

V. Analysis

A. *Interpretation of the Legislation*

[46] In *Timminco* and the cases at bar, the Ontario Court of Appeal advanced two different interpretations of s. 28 *CPA*. According to its decision in the cases at bar, pleading the relevant facts and an intention to seek leave for a statutory cause of action under s. 138.3 *OSA* is sufficient to trigger s. 28 *CPA* and suspend the limitation period for all class members, including the representative plaintiff. According to *Timminco*, leave must be granted under s. 138.8 *OSA* before the limitation period can be

IV. Questions en litige

[44] Deux questions en litige sont communes à chacun des pourvois :

1. L'article 28 de la *LRC* a-t-il pour effet de suspendre le délai de prescription applicable à un recours statutaire en vertu de l'art. 138.3 de la *LVM* à partir du moment où le demandeur indique son intention de demander la permission prévue à l'art. 138.8 de cette loi dans un recours collectif projeté pour déclaration inexacte en common law?
2. Dans la négative, le demandeur peut-il obtenir réparation sous forme d'une ordonnance accordant la permission *nunc pro tunc* ou par l'application de la doctrine des circonstances spéciales?

[45] De plus, deux questions sont soulevées uniquement par les défendeurs dans le dossier *CIBC*, questions analysées à la fin des présents motifs :

1. Le critère préliminaire applicable à la permission visée par l'art. 138.8 de la *LVM* a-t-il été dûment interprété et appliqué?
2. Un recours collectif fondé sur une cause d'action en common law est-il le meilleur moyen pour faire valoir un recours fondé sur une déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire?

V. Analyse

A. *Interprétation de la législation*

[46] Dans *Timminco* et les affaires qui nous occupent, la Cour d'appel de l'Ontario a proposé deux interprétations différentes de l'art. 28 de la *LRC*. Suivant sa décision dans les présents dossiers, il suffit d'alléguer les faits pertinents et d'indiquer une intention de demander la permission d'exercer un recours en vertu de l'art. 138.3 de la *LVM* pour que l'art. 28 de la *LRC* opère et suspende le délai de prescription à l'égard de tous les membres du groupe, y compris leur représentant. Suivant la décision rendue

suspended under s. 28 *CPA*. Neither of these interpretations matches the subsequent amendment to s. 138.14 *OSA*, which provides that the limitation period for a claimant is suspended upon the filing of a notice of motion seeking leave under s. 138.8.

(1) Ordinary and Grammatical Meaning of the Words

[47] In my opinion, there is no ambiguity in the interaction of s. 28 *CPA* with Part XXIII.1 *OSA*. The ordinary and grammatical meaning of the words clearly confirms the ruling in *Timminco* regarding the aforementioned provisions. Furthermore, an analysis of the legislative context does not support the Court of Appeal's decision in the cases at bar. Feldman J.A.'s interpretation of s. 28 *CPA* goes against the very purpose of s. 138.14 *OSA*, namely to impose an additional mechanism designed to screen out strike suits as early as possible in the litigation process.

[48] Section 28 *CPA* requires “a cause of action asserted” in order for the limitation period to be suspended in favour of the class members “on the commencement of the class proceeding”. Section 138.8(1) *OSA* is clear, however: “No action may be commenced under s. 138.3 without leave of the court” On its face, the timing is clear. Unless leave is granted, a statutory action may not be commenced under Part XXIII.1 *OSA*, and it is not until the action commences that a limitation period can be suspended under s. 28 *CPA*. In short, I am of the view that, under s. 138.8(1) *OSA*, a statutory action commenced without having first obtained leave is a nullity and a statutory claim under Part XXIII.1 *OSA* cannot be validly commenced without leave of the court. Therefore, the limitation period cannot be suspended in favour of the class members under s. 28 *CPA* before leave is granted.

dans *Timminco*, il faut obtenir la permission visée à l'art. 138.8 de la *LVM* avant que le délai de prescription ne soit suspendu en vertu de l'art. 28 de la *LRC*. Aucune de ces interprétations ne concorde avec la modification apportée subséquemment à l'art. 138.14 de la *LVM*, à l'effet que le délai de prescription est suspendu dès le dépôt d'un avis de requête pour permission en vertu de l'art. 138.8.

(1) Sens ordinaire et grammatical des mots

[47] À mon avis, il n'y a aucune ambiguïté entre l'art. 28 de la *LRC* et la partie XXIII.1 de la *LVM*. Le sens ordinaire et grammatical des mots confirme clairement la décision rendue dans *Timminco* quant aux dispositions susmentionnées. De plus, l'analyse du contexte législatif n'appuie pas la décision de la Cour d'appel dans les présents dossiers. L'interprétation donnée par la juge Feldman à l'art. 28 de la *LRC* va à l'encontre de l'objet même de l'art. 138.14 de la *LVM*, soit d'établir un mécanisme supplémentaire de filtrage visant à écarter dès que possible dans le processus les poursuites opportunistes et dénuées de fondement.

[48] L'article 28 de la *LRC* exige « une cause d'action invoquée » pour que le délai de prescription soit suspendu en faveur des membres du groupe « à l'introduction du recours collectif ». Le paragraphe 138.8(1) de la *LVM* est toutefois clair : « Une action ne peut être intentée en vertu de l'article 138.3 qu'avec l'autorisation du tribunal . . . » À première vue, la chronologie est claire. Sans la permission, un recours ne peut être intenté en vertu de la partie XXIII.1 de la *LVM*, et ce n'est qu'après l'introduction du recours que le délai de prescription peut être suspendu en application de l'art. 28 de la *LRC*. Bref, j'estime que, suivant le par. 138.8(1) de la *LVM*, un recours statutaire intenté sans permission préalable est nul et qu'un recours prévu par la partie XXIII.1 de la *LVM* ne peut être introduit valablement sans la permission du tribunal. Le délai de prescription ne peut donc être suspendu en faveur des membres du groupe en application de l'art. 28 de la *LRC* avant que la permission n'ait été accordée.

[49] The Court of Appeal's ruling in the instant cases, if accepted, would create unnecessary inconsistencies between the two pieces of legislation and within the *OSA* itself. The result of Feldman J.A.'s interpretation is that a plaintiff proceeding by way of a class action would have more rights than a plaintiff suing in his or her individual capacity. Yet class actions are merely procedural vehicles, designed to extend the substantive rights of the representative plaintiff to the entire class, not to create substantive rights for the class which an individual plaintiff would not otherwise enjoy since they do not exist.

[50] It is also quite troubling that the effect of the Court of Appeal's ruling in the instant cases is that a class proceeding asserting a statutory cause of action can commence before a judge has granted the initial leave to allow the statutory action itself to commence. This is plainly putting the cart before the horse: a class proceeding cannot commence before the action itself commences.

[51] I also agree with the interpretation of the meaning of the word "assert" in s. 28 *CPA* proposed by Goudge J.A. in *Timminco*. The plaintiffs argue that to trigger the application of s. 28 *CPA*, it is sufficient to merely plead the material facts of the claim which are common to the statutory and common law causes of action together with an intention to seek leave under s. 138.8 *OSA*. Although it is true that the definition of "cause of action" is the set of facts that give rise to a legal right of action, I am of the view that the *assertion* of a cause of action must be premised on the existence of a "right of action". In this sense, the meaning of the word "assert", plucked and isolated from the context of the provision, is a red herring. In *Méthot v. Montreal Transportation Commission*, [1972] S.C.R. 387, the relevant limitation provision required that a written notice be provided before an action was commenced. This Court held that "the notice which is required is not simply a procedural step. It is part of the very formation of the right of action" (p. 396). The same reasoning applies here with respect to the leave requirement, and I do not share Karakatsanis J.'s view that that case dealt

[49] Accepter la décision de la Cour d'appel dans les présents dossiers créerait des divergences non nécessaires entre les deux textes de loi et à l'intérieur de la *LVM* elle-même. Selon l'interprétation de la juge Feldman, le demandeur qui choisirait le véhicule (ou mécanisme) procédural qu'est le recours collectif aurait plus de droits que le demandeur engageant une poursuite individuelle. Or, les recours collectifs ne sont que des véhicules (ou mécanismes) procéduraux conçus pour étendre les droits substantiels du représentant des demandeurs au groupe, et non pour créer au bénéfice du groupe des droits substantiels dont un demandeur particulier ne pourrait jouir autrement, puisqu'inexistants.

[50] Il est aussi particulièrement troublant de constater que la décision de la Cour d'appel dans les présents dossiers permettrait l'introduction d'un recours collectif invoquant une cause d'action statutaire avant que le juge n'ait accordé la permission d'intenter le recours statutaire lui-même. Cela revient clairement à mettre la charrue devant les bœufs : un recours collectif ne peut être introduit avant que l'action puisse l'être.

[51] Je souscris en outre à l'interprétation que le juge Goudge propose, dans *Timminco*, de donner au mot « invoquée » figurant à l'art. 28 de la *LRC*. Les demandeurs soutiennent que, pour que l'art. 28 de la *LRC* s'applique, il suffit simplement d'alléguer les faits essentiels de la réclamation, tant ceux qui sont communs au recours statutaire qu'à la cause d'action en common law, en plus d'indiquer une intention de demander une permission en vertu de l'art. 138.8 de la *LVM*. S'il est vrai que la « cause d'action » s'entend des faits à l'origine du droit d'action, j'estime que l'*assertion* d'une cause d'action doit reposer sur l'existence d'un « droit d'action ». En ce sens, la signification du mot « invoquée », extrait et isolé du contexte de la disposition, n'est qu'une diversion. Dans *Méthot c. Commission de Transport de Montréal*, [1972] R.C.S. 387, la disposition pertinente en matière de prescription exigeait qu'on donne un avis écrit avant d'intenter une action. Selon la Cour, « l'avis qui est exigé ne constitue pas une simple mesure de procédure. Il fait partie de la formation même du droit d'action » (p. 396). Le même raisonnement vaut en l'espèce en ce qui

with a different issue. Given the clear wording of s. 138.3 *OSA*, pleading a factual matrix and an intention to seek leave under s. 138.8 *OSA* cannot amount to the assertion of the statutory cause of action.

[52] Furthermore, as can be seen from the legislative history, the original draft of what is now s. 28 *CPA* read “a cause of action advanced in a proceeding” before it was later changed to “a cause of action asserted in a class proceeding” in the final piece of legislation: *Report of the Attorney General’s Advisory Committee on Class Action Reform* (1990), at p. 47. In my opinion, this change is evidence that the legislature intended “assert” to represent a more forceful concept than a mere mention or advancement of a cause of action, since the change would otherwise have been unnecessary.

[53] Viewing these provisions together, there is no ambiguity to speak of in their interaction. Section 28 *CPA* does not operate to suspend the limitation period applicable to a cause of action until the commencement of a class proceeding in which the cause of action is asserted. This commencement cannot occur under Part XXIII.1 *OSA* until leave is granted. In this sense, the leave requirement of s. 138.8 *OSA* is a hurdle which must be cleared before s. 28 *CPA* can operate to suspend the limitation period. The necessity of the leave requirement is equally applicable for an individual plaintiff and for a representative plaintiff in a class proceeding. However, in the latter case, once leave has been granted to one plaintiff, the members of the group benefit from it and the limitation period is suspended for all.

[54] Finally, considering the entire context, I am also of the view that pleading an intention to seek leave under s. 138.8 *OSA* cannot have the effect of

concerne l’obligation d’obtenir une permission et je ne partage pas l’avis de la juge Karakatsanis selon lequel cette affaire portait sur une autre question. Vu le libellé clair de l’art. 138.3 de la *LVM*, alléguer un fondement factuel et indiquer une intention de demander la permission en vertu de l’art. 138.8 de la *LVM* ne peuvent signifier invoquer la cause d’action statutaire.

[52] Qui plus est, comme en témoigne l’histoire législatif, le projet initial de l’actuel art. 28 de la *LRC* contenait l’expression [TRADUCTION] « une cause d’action alléguée dans une instance » avant que celle-ci ne soit ultérieurement remplacée par « une cause d’action invoquée dans un recours collectif » dans le texte de loi final : *Report of the Attorney General’s Advisory Committee on Class Action Reform* (1990), p. 47. À mon sens, cette modification témoigne du fait que le législateur voulait que le terme « invoquer » exprime davantage qu’une simple mention ou allégation d’une cause d’action, puisqu’autrement, la modification aurait été inutile.

[53] Lorsque ces dispositions sont considérées dans leur ensemble, il n’y a aucune ambiguïté dans leur interaction. L’article 28 de la *LRC* n’a pas pour effet de suspendre le délai de prescription applicable à une cause d’action avant que le recours collectif invoquant la cause d’action ne soit introduit. Ce recours collectif ne peut être introduit en vertu de la partie XXIII.1 de la *LVM* jusqu’à ce que la permission soit accordée. En ce sens, l’obligation d’obtenir la permission visée à l’art. 138.8 de la *LVM* est un obstacle qui doit être franchi avant que l’art. 28 de la *LRC* puisse avoir pour effet de suspendre le délai de prescription. La nécessité d’obtenir une permission préalable s’applique tant au demandeur individuel qu’au représentant des demandeurs dans un recours collectif. Mais dans ce dernier cas, dès que la permission est accordée à un demandeur, les membres du groupe en bénéficient et le délai de prescription est suspendu à l’endroit de tous les membres du groupe.

[54] Enfin, compte tenu de l’ensemble du contexte, je suis également d’avis qu’indiquer une intention de demander la permission en vertu de

suspending the limitation period prior to the time when leave is granted by the court. At that time, and only at that time, the representative plaintiff will have the benefit of suspension of the limitation period, and a class proceeding in respect of the statutory claim may be commenced.

(2) Legislative Purpose and Structure

[55] Even if we were to assume that there is an ambiguity in the wording of the relevant provisions — which there is not — the legislative purpose and structure of those provisions would nonetheless support my conclusion. In other words, “the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” are consistent with the ordinary and grammatical meaning of the words, which is another reason not to depart from that meaning: E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; see *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21. To hold that s. 28 *CPA* operates to suspend a limitation period for a statutory claim under s. 138.3 *OSA* before leave is obtained would be to circumvent the carefully calibrated purposive balance struck by the limits to the statutory action provided for in Part XXIII.1 *OSA*. Such an interpretation would render s. 138.8 *OSA* ineffective, since the suspension of the limitation period, although not permanent, could nevertheless delay the decision on the merits of leave for several months or even for years, as the cases at bar demonstrate.

[56] In these appeals, the legislative context has three components that must be interwoven as seamlessly as possible: the purposes attributed to limitation periods generally; the *CPA*, which gives structure and form to class action proceedings; and Part XXIII.1 *OSA*, enacted subsequently to the *CPA*, which lays out the scheme for the statutory claim for secondary market misrepresentation. The goal of interpretation is to maximize the coherence of these

l’art. 138.8 de la *LVM* ne peut, selon moi, avoir pour effet de suspendre le délai de prescription avant que la permission n’ait été accordée par le tribunal. À ce moment-là, et à ce moment-là seulement, le représentant des demandeurs pourra bénéficier d’une suspension du délai de prescription, et un recours collectif fondé sur la cause d’action statutaire pourra être intenté.

(2) Objet et structure de la loi

[55] Même à supposer que le libellé des dispositions pertinentes comporte une ambiguïté — laquelle n’existe pas —, le but et la structure de ces dispositions étayent ma conclusion. En d’autres termes, [TRADUCTION] « l’économie de la loi, son objet et l’intention du législateur » sont compatibles avec le sens ordinaire et grammatical des mots, ce qui constitue une autre raison de ne pas s’en écarter : E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87; voir *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21. Conclure que l’art. 28 de la *LRC* a pour effet de suspendre un délai de prescription applicable à un recours visé par l’art. 138.3 de la *LVM* avant que la permission n’ait été obtenue contournerait l’équilibre téléologique soigneusement atteint par les limites imposées au recours statutaire par la partie XXIII.1 de la *LVM*. Pareille interprétation rendrait inefficace l’art. 138.8 de la *LVM*, puisque la suspension du délai de prescription, quoique temporaire, pourrait néanmoins retarder la décision sur le bien-fondé de la demande de permission de plusieurs mois, voire des années, comme le démontrent les dossiers qui nous occupent.

[56] Dans les présents pourvois, le contexte législatif comporte trois éléments qui doivent coexister et s’agencer le plus harmonieusement possible : les objectifs des délais de prescription en général; la *LRC*, qui encadre la structure et la forme des recours collectifs; la partie XXIII.1 de la *LVM*, adoptée après la *LRC*, qui établit et encadre le mécanisme du recours pour déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire. L’objectif de l’interprétation est

three components to the extent possible within the range of ordinary and grammatical meaning of the text.

(a) *Limitation Periods*

[57] This Court has generally recognized that limitation periods have three purposes known as the certainty, evidentiary and diligence rationales: *Novak v. Bond*, [1999] 1 S.C.R. 808, at paras. 64-67, per McLachlin J.; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6, at pp. 29-31, per La Forest J. Limitation periods serve “(1) to promote accuracy and certainty in the adjudication of claims; (2) to provide fairness to persons who might be required to defend against claims based on stale evidence; and (3) to prompt persons who might wish to commence claims to be diligent in pursuing them in a timely fashion”: P. M. Perell and J. W. Morden, *The Law of Civil Procedure in Ontario* (2nd ed. 2014), at p. 123.

[58] Clearly, it is desirable that litigation be accurate and certain, given that the passage of time dims memories and erodes evidence, and also that the risk of error grows as an adjudicator is further removed from the cause of action. Furthermore, after a certain time, possible defendants may be unaware of the need to preserve potentially enlightening or even exonerating pieces of evidence. Finally, it is appropriate to expect plaintiffs to assert their claims diligently and to be cognizant of their circumstances and of the extent of their control over them. Modern limitations legislation is therefore based on a recognition that limitation periods, in order to be effective, need to be final. This is the other side of the coin, the practical consequence of limitation periods that can make the application of a limitations statute seem harsh: *Novak*, at para. 8, per Iacobucci and Major JJ., dissenting.

de maximiser la cohérence de ces trois éléments dans la mesure du possible en fonction du sens ordinaire et grammatical du texte.

a) *Délais de prescription*

[57] Notre Cour a généralement reconnu que les délais de prescription poursuivent trois objectifs, soit la certitude, la préservation de la preuve et la diligence : *Novak c. Bond*, [1999] 1 R.C.S. 808, par. 64-67, la juge McLachlin; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, p. 29-31, le juge La Forest. Les délais de prescriptions servent [TRADUCTION] « (1) à favoriser l’exactitude et la certitude dans le règlement des demandes; (2) à assurer l’équité aux personnes qui peuvent être contraintes de se défendre contre des réclamations fondées sur des éléments de preuve périmés; (3) à inciter les personnes qui pourraient vouloir intenter des recours à faire preuve de diligence en les intentant en temps opportun » : P. M. Perell et J. W. Morden, *The Law of Civil Procedure in Ontario* (2^e éd. 2014), p. 123.

[58] Manifestement, il est souhaitable d’assurer l’exactitude et la certitude dans les litiges, non seulement parce que le passage du temps estompe la mémoire et fragilise la preuve mais aussi parce que le risque d’erreurs augmente lorsque le décideur s’éloigne dans le temps de la cause d’action. De plus, après un certain temps, les éventuels défendeurs deviennent peut-être moins conscients de la nécessité de conserver des éléments de preuve susceptibles d’éclairer le tribunal ou qui peuvent même être exonératoires. Enfin, il est approprié de s’attendre à ce qu’un demandeur exerce ses droits d’action avec diligence tout en étant conscient des circonstances et de la mesure dans laquelle il les contrôle. Les dispositions législatives modernes en matière de prescription sont fondées sur le principe que, pour être efficace, le délai de prescription doit être définitif. C’est là l’autre côté de la médaille; la conséquence pratique des délais de prescription peut faire paraître dure l’application de dispositions législatives sur la prescription des actions : *Novak*, par. 8, les juges Iacobucci et Major, dissidents.

(b) *Class Proceedings Act*

[59] The Ontario Law Reform Commission identified three benefits of the class action procedure: judicial economy, increased access to the courts and modification of the behaviour of potential wrongdoers (*Report on Class Actions* (1982), vol. I, at pp. 117-46). Where there are multiple claims, the number of actions can be reduced via the consolidating mechanism of class proceedings. The aggregation of the class helps overcome social, psychological and economic barriers to redress. The possibility of a class action discourages unjust enrichment and encourages an internalization of costs. Finally, class proceedings extend the substantive rights of a representative plaintiff to the class in order to make the legal system more efficient, more accessible and more effective.

[60] The purpose of s. 28 *CPA* is to protect potential class members from the winding down of a limitation period until the feasibility of the class action is determined, thereby negating the need for each class member to commence an individual action in order to preserve his or her rights: *Coulson v. Citigroup Global Markets Canada Inc.*, 2010 ONSC 1596, 92 C.P.C. (6th) 301, at para. 49, quoted with approval by the Court of Appeal, 2012 ONCA 108, 288 O.A.C. 355, at para. 11. Once the umbrella of the right exists and is established by a potential class representative in asserting a cause of action, class members are entitled to take shelter under it as long as the right remains actively engaged. The provision is squarely aimed at judicial economy and access to the courts, encouraging the former while preserving the latter.

[61] In *Logan v. Canada (Minister of Health)*, 2003 CanLII 20308 (Ont. S.C.J.), it was these goals which were held to justify a reading of s. 28 *CPA* to the effect that the commencement of a class proceeding is not delayed until the time of certification: paras. 14-24, aff'd *Logan* (Ont. C.A.), at paras. 21 and 24. *Logan* therefore confirms that the

b) *Loi sur les recours collectifs*

[59] La Commission de réforme du droit de l'Ontario a identifié trois avantages du recours collectif : l'économie des ressources judiciaires, un meilleur accès aux tribunaux et la modification des comportements de délinquants potentiels (*Report on Class Actions* (1982), vol. I, p. 117-146). Lorsqu'il existe plusieurs réclamations, leur nombre peut être réduit par le mécanisme de regroupement qu'est le recours collectif. Le regroupement des membres aide à surmonter les obstacles d'ordre social, psychologique et économique au redressement. La possibilité d'intenter un recours collectif décourage l'enrichissement injustifié et favorise la répartition des coûts. Enfin, les recours collectifs étendent en faveur du groupe les droits substantiels du représentant des demandeurs afin de rendre le système de justice plus efficace et accessible.

[60] Le but de l'art. 28 de la *LRC* est de mettre les membres éventuels du groupe à l'abri de l'expiration du délai de prescription jusqu'à ce que soit déterminée la possibilité d'intenter le recours collectif, écartant ainsi la nécessité pour chaque membre du groupe d'intenter une action individuelle afin de préserver ses droits : *Coulson c. Citigroup Global Markets Canada Inc.*, 2010 ONSC 1596, 92 C.P.C. (6th) 301, par. 49, cité avec approbation en appel, 2012 ONCA 108, 288 O.A.C. 355, par. 11. Une fois que la protection du droit existe et est établie par le représentant éventuel du groupe au moment où il invoque une cause d'action, les membres du groupe bénéficient de cette protection aussi longtemps que la poursuite du droit en question demeure active. Cette disposition vise nettement à favoriser l'économie des ressources judiciaires tout en préservant l'accès aux tribunaux.

[61] Dans la décision *Logan c. Canada (Minister of Health)*, 2003 CanLII 20308 (C.S.J. Ont.), ce sont ces objectifs qui, selon le tribunal, justifient d'interpréter l'art. 28 de la *LRC* de manière à ce que la date de commencement d'un recours collectif ne soit pas reportée jusqu'à son autorisation : par. 14-24, conf. par *Logan* (C.A. Ont.), par. 21 et 24. Par

time of commencement precedes that of certification.

[62] Most importantly, as this Court has repeatedly ruled, a class action provision cannot operate to create or modify substantive legal rights: *Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R. 214, at para. 52; *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392, at para. 111; *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801, at paras. 105-8. This principle forms a vital foundation for all class proceedings in Canada. Limitation periods and rights of action are such substantive legal rights.

(c) *Part XXIII.1 OSA*

[63] Part XXIII.1 *OSA* represents a carefully calibrated statutory head of liability for secondary market misrepresentation. Section 1.1 *OSA* provides that the *OSA*'s overall purposes are twofold: to protect investors "from unfair, improper or fraudulent practices", but also to guarantee fairness, efficiency and confidence in capital markets. Part XXIII.1 was developed progressively through a series of reports and other documents which ultimately culminated in the adoption of the statutory liability scheme in 2002. Three of the documents are vital to this appeal: (i) Toronto Stock Exchange Committee on Corporate Disclosure (the "Allen Committee"), *Final Report — Responsible Corporate Disclosure: A Search for Balance* (1997) (the "Allen Committee Report"); (ii) Ontario Securities Commission, "Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market — Notice and Request for Comment" (1998), 21 OSCB 3335 and 3367 (the "1998 Draft Legislation"); and (iii) Canadian Securities Administrators ("CSA"), "Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market and Response to the Proposed Change to the Definitions of 'Material Fact' and 'Material Change'", CSA Notice 53-302, reproduced in (2000), 23 OSCB 7383.

conséquent, la décision *Logan* confirme que la date de commencement du recours collectif précède son autorisation.

[62] Plus important encore, comme la Cour l'a conclu à maintes reprises, une disposition législative en matière de recours collectif ne peut servir à créer ou à modifier des droits juridiques substantiels : *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214, par. 52; *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392, par. 111; *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801, par. 105-108. Ce principe est à la base de tous les recours collectifs au Canada. Les délais de prescription et les droits d'action constituent de tels droits juridiques substantiels.

c) *Partie XXIII.1 de la LVM*

[63] La partie XXIII.1 de la *LVM* a instauré un régime de responsabilité statutaire soigneusement équilibré dans le cas de la déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire. À son art. 1.1, la *LVM* indique qu'elle a deux objets généraux : protéger les investisseurs « contre les pratiques déloyales, irrégulières ou frauduleuses », mais aussi garantir l'équité et l'efficacité des marchés financiers et la confiance en ceux-ci. La partie XXIII.1 a vu le jour progressivement, à la suite d'une série de rapports et d'autres documents qui ont abouti à l'adoption du régime de responsabilité statutaire en 2002. Trois de ces documents sont extrêmement pertinents en l'espèce : (i) Committee on Corporate Disclosure de la Bourse de Toronto (le « comité Allen »), *Final Report — Responsible Corporate Disclosure: A Search for Balance* (1997) (le « Rapport du comité Allen »); (ii) Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, « Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market — Notice and Request for Comment » (1998), 21 OSCB 3335 et 3367 (l'« avant-projet de loi de 1998 »); (iii) Autorités canadiennes en valeurs mobilières (« ACVM »), « Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market and Response to the Proposed Change to the Definitions of "Material Fact" and "Material Change" », avis n° 53-302 des ACVM, reproduit dans (2000), 23 OSCB 7383.

[64] In its report, the Allen Committee identified the failure by public corporations to comply with continuous disclosure requirements as a problem from the perspective both of actual incidents and of public perception. It concluded that the regulatory sanctions available at the time were an “inadequate deterrent” (conclusion (ii)) and that the common law remedies available to aggrieved investors for misleading disclosure in secondary trading markets were so onerous that they were “as a practical matter largely academic” (conclusion (iii)): p. vii.

[65] As a solution, the Allen Committee proposed a statutory scheme for secondary market misrepresentation liability in which it would not be necessary to prove reliance on the misrepresentation. Its recommendations were informed by two goals — deterrence of corporate non-disclosure and compensation for wronged investors — related to the identified problem, but it is important to recognize that the Committee knowingly struck a precise balance between these goals. Its report concluded as follows at p. vii:

- (v) Faced with the task of designing recommendations from the perspective of strengthening deterrence (conclusion (ii)) or creating a route to meaningful compensation of injured investors (conclusion (iii)), the Committee has adopted improved deterrence as its goal in the belief that effective deterrence will logically reduce the need for investor compensation.

This understanding would later be reiterated in CSA Notice 53-302, which includes the following comment: “The CSA accept that deterrence should outweigh compensation but, at the same time, any deterrent effect requires a plausible element of compensation” (p. 7391, fn. 23). In order to achieve this balance, the Committee proposed the establishment of a series of limits on damages and liability, as well as the creation of express statutory

[64] Dans son rapport, le comité Allen considérait le défaut de certaines sociétés ouvertes de respecter leurs obligations d’information continue comme un problème tant dans les faits que du point de vue de la perception du public. Le comité concluait que les sanctions réglementaires prévues à l’époque constituaient un [TRADUCTION] « moyen de dissuasion inadéquat » (conclusion (ii)), et que les recours offerts en common law aux investisseurs lésés pour communication d’information trompeuse sur les marchés secondaires étaient tellement contraignants qu’ils étaient, « en pratique, essentiellement théoriques » (conclusion (iii)) : p. vii.

[65] À titre de solution, le comité Allen a proposé un régime de responsabilité statutaire en matière de déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire suivant lequel il ne serait pas nécessaire de prouver que le demandeur s’est fié aux déclarations qui lui ont été faites. Les recommandations du comité s’inspiraient de deux objectifs découlant du problème identifié — dissuader les sociétés de ne pas respecter leurs obligations d’information et indemniser les investisseurs lésés — mais il est important de noter que le comité a sciemment instauré un équilibre précis entre ces objectifs. Ainsi, dans son rapport, le comité Allen concluait comme suit à la p. vii :

[TRADUCTION]

- (v) Appelé à établir des recommandations dans le but de renforcer la dissuasion (conclusion (ii)) ou de créer un moyen d’indemniser adéquatement les investisseurs lésés (conclusion (iii)), le comité a pour objectif d’améliorer les moyens de dissuasion dans l’espoir que la dissuasion efficace réduira logiquement la nécessité d’indemniser les investisseurs.

Cette conclusion fut réitérée plus tard dans l’avis n° 53-302 des ACVM, où il est indiqué que [TRADUCTION] « [I]es ACVM reconnaissent que la dissuasion devrait l’emporter sur l’indemnisation, mais d’autre part, tout effet dissuasif exige un élément plausible d’indemnisation » : p. 7391, note 23. Afin d’atteindre cet équilibre, le comité a proposé une série de limites quant aux dommages-intérêts et à la responsabilité ainsi que la création de moyens de

defences. To give priority to compensation would have led to a different set of recommendations and limits, as can be seen from the dissenting statement of Philip Anisman in the *Allen Committee Report*: pp. 85-124.

[66] The limitation period in s. 138.14 *OSA*, which was added by the CSA in 2000 through proposed amendments to legislation in response to the 1998 Draft Legislation (see App. C of the CSA Notice 53-302 (the “2000 Draft Legislation”), at p. 7429), was originally modeled upon the limitation period for general civil liability in s. 138 *OSA*. It was expressly designed to run without regard for the “plaintiff’s knowledge of the facts giving rise to the cause of action”: 1998 Draft Legislation, at p. 3384.

[67] The leave requirement for actions under Part XXIII.1 *OSA* was developed by the CSA and reported in CSA Notice 53-302. This requirement arose out of a concern for the potential of U.S.-style “strike suits” in Canada. Strike suits are meritless actions launched in order to coerce targeted defendants into unjust settlements. The Allen Committee had concluded that the legal environment in Canada was sufficiently different from the United States to prevent a flood of unmeritorious claims: pp. 26-27.

[68] The CSA nonetheless concluded that the depth of public concern and some examples of “entrepreneurial litigation” in Canada justified further measures to prevent strike suits: CSA Notice 53-302, at p. 7389. It proposed a screening mechanism that would require plaintiffs to obtain leave in order to assert a statutory cause of action under the *OSA* by satisfying the court that the action was being brought in good faith and had a reasonable possibility of success. The overriding policy concern was for long-term shareholders, who are unfairly affected by the volatility of share prices that results from spurious

défense expressément conférés par la loi. Accorder la priorité à l’indemnisation aurait donné lieu à un ensemble de recommandations et de restrictions différentes, comme le démontre la déclaration dissidente de Philip Anisman figurant dans le *Rapport du comité Allen* lui-même : p. 85-124.

[66] Ajouté par les ACVM en 2000 au moyen de modifications proposées à la loi en réponse à l’avant-projet de loi de 1998 (voir ann. C de l’avis n° 53-302 des ACVM (l’« avant-projet de loi de 2000 »), p. 7429), le délai de prescription prévu à l’art. 138.14 de la *LVM* était calqué au départ sur le délai de prescription relatif à la responsabilité civile générale fixé à l’art. 138 de la *LVM*. Ce délai devait expressément commencer à courir sans égard à la question de savoir si [TRADUCTION] « le demandeur connaît les faits à l’origine de la cause d’action » : avant-projet de loi de 1998, p. 3384.

[67] L’obligation d’obtenir une permission pour le recours visé à la partie XXIII.1 de la *LVM* a été créée par les ACVM et elle est consignée dans leur avis n° 53-302. Cette obligation découle de la crainte que des « poursuites opportunistes et dénuées de fondement » comme il en existe aux États-Unis soient intentées au Canada. Les poursuites opportunistes et dénuées de fondement sont des actions non fondées intentées en vue de contraindre des défendeurs ciblés à conclure un règlement injuste. Le comité Allen avait conclu que l’environnement juridique au Canada était suffisamment différent de celui des États-Unis pour prévenir une vague de demandes absolument non fondées : p. 26-27.

[68] Les ACVM ont néanmoins conclu que l’intérêt public et certains [TRADUCTION] « litiges entrepreneuriaux » au Canada justifiaient l’adoption de mesures additionnelles pour prévenir les poursuites opportunistes et dénuées de fondement : avis n° 53-302 des ACVM, p. 7389. Un mécanisme de filtrage a donc été proposé, suivant lequel le demandeur serait tenu d’obtenir une permission pour pouvoir intenter un recours en vertu de la *LVM*, en prouvant à la satisfaction du tribunal que le recours envisagé était de bonne foi et avait une chance raisonnable de succès. Les ACVM s’inquiétaient principalement

claims. In setting out the nature and the components of this mechanism, the CSA stressed the importance of screening out unmeritorious actions *as early as possible* in the litigation process:

The CSA have also introduced in the 2000 Draft Legislation a new provision designed to screen out, as early as possible in the litigation process, unmeritorious actions (section 7 of the 2000 Draft Legislation). This screening mechanism is designed not only to minimize the prospects of an adverse court award in the absence of a meritorious claim but, more importantly, to try to ensure that unmeritorious litigation, and the time and expense it imposes on defendants, is avoided or brought to an end early in the litigation process. By offering defendants the reasonable expectation that an unmeritorious action will be denied the requisite leave to be commenced, the 2000 Draft Legislation should better enable defendants to fend off coercive efforts by plaintiffs to negotiate the cash settlement that is often the real objective behind a strike suit.

The new screening provision would require a plaintiff to obtain leave of the court in order to bring an action. Before granting leave, the court must be satisfied that the action (i) is being brought in good faith and (ii) has a reasonable prospect of success at trial.

This screening mechanism, coupled with the new provision described earlier that would require court approval of a settlement agreement are procedural protections that supplement the “loser pays” cost and proportionate liability provisions retained from the 1998 Draft Legislation. Taken together, these elements of the 2000 Draft Legislation should ensure that any exercise of the statutory right of action occurs in a litigation environment different from that in the United States and less conducive to coercive strike suits. [Emphasis added; footnotes omitted; p. 7390.]

[69] In sum, Part XXIII.1 *OSA* strikes a delicate balance between various market participants. The interests of potential plaintiffs and defendants and of affected long-term shareholders have been weighed

des actionnaires à long terme, injustement touchés par la volatilité des prix des actions imputable aux demandes sans fondement. En exposant la nature et les composantes de ce mécanisme, les ACVM insistaient sur l'importance d'écarter les actions non fondées *dès que possible* dans le processus :

[TRADUCTION] Les ACVM ont aussi inséré dans l'avant-projet de loi de 2000 une nouvelle disposition visant à écarter les actions sans fondement dès le début de la procédure judiciaire (article 7 de l'avant-projet de loi de 2000). Ce mécanisme de filtrage vise non seulement à réduire les possibilités d'une décision judiciaire défavorable si la cause se révèle sans fondement, mais plus important encore, à faire en sorte d'éviter les recours non fondés, et d'éviter que les défendeurs y consacrent du temps et de l'argent, ou à faire en sorte que l'on mette fin au recours au début du processus. En faisant en sorte que les défendeurs puissent raisonnablement s'attendre à ce que la permission d'intenter toute action non fondée soit refusée, l'avant-projet de loi de 2000 devrait permettre aux défendeurs de repousser plus facilement les demandeurs qui tentent de les contraindre à négocier le règlement au comptant qui, bien souvent, est le véritable objectif d'une poursuite opportuniste et dénuée de fondement.

La nouvelle disposition sur le filtrage obligerait le demandeur à obtenir la permission du tribunal afin d'intenter une action. Avant d'accorder cette permission, le tribunal doit être convaincu que l'action (i) est intentée de bonne foi et (ii) a une possibilité raisonnable d'être accueillie au procès.

Ce mécanisme de filtrage, conjugué à la nouvelle disposition décrite auparavant qui rendrait obligatoire l'approbation par le tribunal d'un règlement et les mesures de protection procédurales qui complètent les dispositions portant imputation des dépens à la partie déboutée et responsabilité proportionnelle tirées de l'avant-projet de loi de 1998. Ensemble, ces éléments de l'avant-projet de loi de 2000 devraient faire en sorte que tout exercice du droit d'action légal se fasse dans un milieu judiciaire différent de celui des États-Unis et moins propice aux poursuites opportunistes, dénuées de fondement et coercitives. [Je souligne; notes de bas de page omises; p. 7390.]

[69] Bref, la partie XXIII.1 de la *LVM* instaure un équilibre délicat entre les différents acteurs du marché. Les intérêts des demandeurs et des défendeurs éventuels, ainsi que des actionnaires à long terme

conscientiously and deliberately in light of a desired precise balance between deterrence and compensation. The legislative history reveals a long, meticulous development of this balance, one that found expression in all the limits built into the scheme.

(d) *Analysis*

[70] In my opinion, a careful consideration of the context of limitation periods, the *CPA* and Part XXIII.1 *OSA* reveals that the Court of Appeal's decision in the instant cases is not only at odds with the ordinary and grammatical meaning of the words of the provisions at issue but also broadly undermines the legislative structures and the purposes at stake in these appeals.

[71] It is particularly troubling to see the anomalous result produced by the decision of the Court of Appeal in these cases, namely that a plaintiff could improve his or her position by filing a class proceeding asserting the Part XXIII.1 *OSA* cause of action, thereby causing the limitation period to be suspended by s. 28 *CPA* where it would not otherwise have been possible to do so had the same plaintiff filed an individual lawsuit. The Court of Appeal justified this result on the basis that Part XXIII.1 *OSA* is optimized for class proceedings, but did so in quoting a passage from the *Allen Committee Report* which merely states that combining class actions with the statutory scheme would provide ample protection against extortionate actions. I accept that Part XXIII.1 *OSA* is optimized for class proceedings in the sense that the statutory action that Part creates does not require proof that the plaintiff relied on the misrepresentation. However, this should not be used to undermine the strict limitation period provided for in s. 138.14 *OSA*, which is not supposed to be suspended until leave is granted.

[72] The Court of Appeal wrote in the cases at bar that it was concerned about judicial economy

touchés, ont été soupesés consciencieusement et délibérément dans l'optique d'un équilibre précis et voulu entre la dissuasion et l'indemnisation. L'historique législatif révèle que cet équilibre est le résultat d'un exercice long et méticuleux, équilibre exprimé dans toutes les limites intégrées au régime.

d) *Analyse*

[70] Je suis d'avis qu'un examen attentif du contexte des délais de prescription, de la *LRC* et de la partie XXIII.1 de la *LVM* révèle que la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans les présents dossiers non seulement va à l'encontre du sens ordinaire et grammatical du texte des dispositions en cause, mais mine considérablement la structure et les objectifs du régime statutaire en jeu dans les présents pourvois.

[71] Il est particulièrement troublant de constater le résultat anormal produit par la décision de la Cour d'appel dans les présents dossiers : un demandeur pourrait améliorer son sort en déposant un recours collectif invoquant la cause d'action prévue à la partie XXIII.1 de la *LVM*, ce qui suspendrait le délai de prescription en application de l'art. 28 de la *LRC* alors que le même délai de prescription n'aurait pu être suspendu si le même demandeur avait engagé une poursuite individuelle. La Cour d'appel a justifié ce résultat en disant que la partie XXIII.1 de la *LVM* est optimisée pour les recours collectifs, mais elle l'a fait en citant un extrait du *Rapport du comité Allen* indiquant tout simplement que la combinaison des recours collectifs et du régime statutaire constituait une protection suffisante contre les actions ayant pour but de soutirer un règlement. Je conviens que la partie XXIII.1 de la *LVM* est optimisée pour les recours collectifs en ce sens que le droit d'action qu'elle crée n'oblige pas le demandeur à prouver qu'il s'est fié aux déclarations qui lui ont été faites. Toutefois, cette caractéristique ne devrait pas servir à miner le délai de prescription strict fixé à l'art. 138.14 de la *LVM*, lequel est censé courir sans suspension jusqu'à ce que la permission soit accordée.

[72] Dans les présents dossiers, la Cour d'appel s'est dite motivée par un souci d'économie des

and access to justice; it noted that the ruling in *Timminco* would force potential class members to initiate their own individual actions in order to protect their rights before leave is obtained in the class proceeding. Although I accept the importance of judicial economy as articulated by the Court of Appeal in *Logan* and *Coulson*, the rationale for those decisions cannot extend beyond the fundamental limits of class proceedings.

[73] As I mentioned above, class actions are procedural mechanisms which can only *extend* the substantive rights of the representative plaintiff to the other class members. The only way s. 28 *CPA* can protect the other members is by affording them the substantive protection already enjoyed by the representative plaintiff. Before there is a right of action or a suspension of the limitation period flowing from the operation of the statutory scheme itself, the *CPA* cannot be interpreted in such a way as to create either one.

[74] Karakatsanis J. states that “[w]ithout s. 28, the commencement of a proceeding by a representative plaintiff would only suspend the limitation period with respect to that plaintiff; the limitation period governing other potential class members would continue to run during the certification proceedings” (para. 175). I agree, but in the case of class actions alleging secondary market misrepresentations, the representative plaintiff, acting on his or her own, must first obtain leave in order for the limitation period to be suspended. My reading of s. 28 *CPA* simply maintains this requirement for s. 138.3 *OSA* statutory claims, while extending the suspension to all other potential class members once leave is granted. In this sense, s. 28 *CPA* still “shelters the rights of potential class plaintiffs under the umbrella of the representative plaintiff’s action” (para. 176), but it forces the representative plaintiff to proceed expeditiously to obtain leave. This interpretation promotes the purposes of the *CPA*, is compatible with the purpose and operation of Part XXIII.1 *OSA*

ressources judiciaires et d’accès à la justice; elle a fait remarquer que la décision dans *Timminco* obligerait les membres éventuels du groupe à intenter leur propre action individuelle afin de protéger leurs droits avant que la permission ne soit obtenue pour le recours collectif. Bien que je reconnaisse l’importance de l’économie des ressources judiciaires telle que l’a formulée la Cour d’appel dans les arrêts *Logan* et *Coulson*, le raisonnement adopté dans ces décisions ne peut avoir une portée dépassant les limites fondamentales des recours collectifs.

[73] Comme je l’ai déjà mentionné, les recours collectifs sont des véhicules (ou mécanismes) procéduraux qui peuvent uniquement *étendre* les droits substantiels du représentant des demandeurs aux autres membres du groupe. L’article 28 de la *LRC* ne protège les autres membres qu’en leur conférant la même protection substantielle dont jouit déjà le représentant. Avant qu’il n’y ait de droit d’action ou suspension du délai de prescription résultant de l’opération du régime statutaire lui-même, la *LRC* ne peut être interprétée de façon à créer l’un ou l’autre.

[74] La juge Karakatsanis souligne qu’en général, « [s]ans l’art. 28, l’introduction d’un recours par un représentant des demandeurs n’aurait pour effet de suspendre le délai de prescription que pour ce représentant seulement; le délai de prescription applicable aux autres membres éventuels du groupe continuerait de courir pendant l’instance de certification » (par. 175). Je suis d’accord mais, dans le cas des recours collectifs alléguant une cause d’action statutaire pour déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire, le représentant des demandeurs agissant pour lui-même doit d’abord obtenir la permission pour que le délai de prescription soit suspendu. Mon interprétation de l’art. 28 de la *LRC* ne fait que maintenir cette exigence pour les réclamations fondées sur l’art. 138.3 de la *LVM*, tout en permettant à tous les autres membres éventuels du groupe de bénéficier de la suspension au moment où la permission est accordée. En ce sens, l’art. 28 de la *LRC* « abrite [toujours] les droits d’éventuels demandeurs du groupe sous le parapluie de l’action

and allows the class proceeding to remain an effective vehicle for secondary market liability claims.

[75] The interpretation proposed by my colleague and by the Court of Appeal in the cases at bar gives priority to the objectives of the *CPA* at the price of contradicting the ordinary and grammatical meaning of the words of the provisions and upsetting the specific balance struck in Part XXIII.1 *OSA* even though those objectives had already been taken into account in enacting the legislation providing for the statutory claim. Part XXIII.1 *OSA* is the more recent legislation; it creates a scheme that is intended to be comprehensive, and was crafted with the *CPA* in mind. The purposes associated with the *CPA* — judicial economy, access to the courts and behaviour modification — were each explicitly considered in developing the structure of Part XXIII.1 *OSA*. Policy concerns, as compelling as they are, do not override the plain meaning of the text and the intent of the Ontario legislature. This is not altered by the fact that both the *CPA* and Part XXIII.1 *OSA* are remedial in nature, and should thus be interpreted broadly and purposively. The end result of the legislature's consideration was that the scheme includes a leave requirement that serves as a precondition to the commencement of an action, a limitation period and no requirement to prove reliance on the misrepresentation. The combined effect of these features is to promote efficiency and fairness for both parties.

[76] The interpretation proposed by the Court of Appeal in these cases significantly affects the protection provided against strike suits. As I noted above, the preliminary leave requirement was added because the *CSA* believed that the usual measures

du représentant des demandeurs » (par. 176), mais oblige le représentant des demandeurs à procéder rapidement pour obtenir la permission. Cette interprétation favorise l'atteinte des objectifs de la *LRC*, s'harmonise avec l'objet et l'application de la partie XXIII.1 de la *LVM* et fait en sorte que le recours collectif demeure un véhicule efficace pour intenter les recours en responsabilité liés au marché secondaire.

[75] L'interprétation proposée par ma collègue et la Cour d'appel dans les cas présents donne la priorité aux objectifs de la *LRC* au détriment du — et en contradiction avec le — sens ordinaire et grammatical du texte des dispositions, ainsi qu'au détriment de l'équilibre précis atteint dans la partie XXIII.1 de la *LVM*, et ce, même si ces objectifs ont déjà été pris en considération lors de l'adoption du régime statutaire en cause ici. La partie XXIII.1 de la *LVM* est le texte législatif le plus récent; elle a instauré un régime se voulant complet et a été rédigée alors que la *LRC* était déjà en vigueur. Les objectifs associés à la *LRC* — l'économie des ressources judiciaires, l'accès aux tribunaux et la modification des comportements — ont chacun été explicitement considérés lorsque la structure de la partie XXIII.1 de la *LVM* a été élaborée. Les considérations de principe, aussi impératives soient-elles, ne peuvent primer le sens clair du texte et l'intention du législateur ontarien. Le fait que la *LRC* et la partie XXIII.1 de la *LVM* soient toutes deux de nature réparatrice et doivent par le fait même recevoir une interprétation large et téléologique n'y change rien. Le résultat final de l'exercice auquel s'est livré le législateur est que le régime statutaire impose l'exigence d'obtenir une permission en guise de condition préalable à l'introduction d'un recours, un délai de prescription et l'absence de nécessité de prouver que le demandeur s'est fié à la déclaration inexacte. La combinaison de ces aspects contribue à l'efficacité et à l'équité envers les deux parties.

[76] L'interprétation proposée par la Cour d'appel dans les présents dossiers modifie de façon significative la protection accordée contre les poursuites opportunistes et dénuées de fondement. Tel qu'il est indiqué ci-dessus, l'obligation d'obtenir

under the *CPA* did not provide appropriate safeguards. To supplement the *CPA*'s protection against unmeritorious actions, the *CSA* proposed a screening mechanism in which the granting of leave *as early as possible* in the litigation process was an essential component.

[77] Requiring merely that a statutory cause of action be mentioned in an existing class proceeding for the limitation period to be suspended can hardly be said to achieve that purpose. It might even hypothetically force some defendants to enter in an unjust settlement when the leave application is pending — potentially during many years — and thus negatively affect the corporate defendant's share value.

[78] In my view, the Court of Appeal's interpretation of s. 28 *CPA* not only contradicts the ordinary and grammatical meaning of the words used, but also displaces the balance struck by the legislature as reflected in Part XXIII.1 *OSA*. Thus, the Court of Appeal not only upset the carefully considered design of Part XXIII.1 *OSA*, but also inverted the statutory interpretation process, using an older provision of general application to alter a more recent, comprehensive scheme.

[79] The Court of Appeal wrote that the effect of *Timminco*, namely that a plaintiff does not unilaterally control whether his or her claim is brought within the limitation period (because of the starting point of the limitation period or because of delays caused by the defendant or the court), was "foreign to the concept of a limitation provision" (para. 27). In my view, the Court of Appeal failed to appreciate not only that modern limitation periods flow from an exercise in balancing the rights of plaintiffs and defendants, but also that the legislature undertook that balancing exercise in designing the limitation period in question. Section 138.14 *OSA* does not have an internal suspension mechanism, and the limitation period begins to run regardless of knowledge on the plaintiff's part, be it on when a document containing a misrepresentation is released, when an oral

la permission préalable a été ajoutée parce que les *ACVM* étaient d'avis que les mécanismes prévus par la *LRC* ne constituaient pas des garanties suffisantes. Pour compléter les mesures de protection prévues par la *LRC* contre les actions non fondées, elles ont proposé un mécanisme de filtrage, dont l'obtention d'une permission *aussitôt que possible* dans le processus est une composante essentielle.

[77] Accepter que la simple mention d'une cause d'action statutaire dans un recours collectif alors pendant suffit pour faire suspendre le délai de prescription ne permet guère d'atteindre cet objectif. Cela pourrait même théoriquement obliger certains défendeurs à conclure un règlement injuste pendant que la demande de permission est pendante, potentiellement pendant des années, ce qui ferait baisser la valeur de l'action de la société défenderesse.

[78] À mon sens, l'interprétation qu'a donnée la Cour d'appel à l'art. 28 de la *LRC* non seulement va à l'encontre du sens ordinaire et grammatical des mots, mais rompt aussi l'équilibre établi à la partie XXIII.1 de la *LVM* par le législateur. En conséquence, la Cour d'appel non seulement ébranle la structure réfléchie de la partie XXIII.1 de la *LVM*, mais inverse le processus d'interprétation en utilisant une disposition plus ancienne d'application générale pour redéfinir un régime plus récent et plus exhaustif.

[79] La Cour d'appel a écrit que le résultat de l'arrêt *Timminco*, dont le fait que le demandeur n'a pas de contrôle absolu sur la présentation de sa demande dans le délai de prescription (en raison du point de départ du délai de prescription ou de délais imputables au défendeur ou au tribunal), était [TRADUCTION] « étranger au concept de disposition en matière de prescription » (par. 27). À mon avis, la Cour d'appel ne tient pas compte non seulement du fait que les délais modernes de prescription comportent un équilibre établi entre les droits d'un demandeur et ceux d'un défendeur, mais aussi que le législateur a voulu atteindre cet équilibre dans l'établissement ou la détermination du délai de prescription en cause ici. L'article 138.14 de la *LVM* ne prévoit aucun mécanisme interne de suspension, le délai de prescription commençant à courir sans

statement containing a misrepresentation is made, or when there is a failure to make timely disclosure. The scheme is exacting and even harsh, but it is structured in this manner to balance the interests of plaintiffs, defendants and long-term shareholders.

[80] The plaintiffs argue that the effect of *Timminco* is that leave is practically impossible to obtain. I disagree. The facts in *IMAX* suggest the opposite, given that the leave and certification motions were heard some three months before the limitation period expired. More importantly, even assuming that the plaintiffs are correct, *Timminco* does not cause this difficulty, but merely fails to relieve a specific group of litigants from the consequences of the *OSA* scheme. In other words, any adverse consequence flows naturally from the text of Part XXIII.1, which is not ambiguous.

[81] Like Goudge J.A. in *Timminco*, I am unwilling to rely upon an isolated purpose of limitation periods, taken out of context, in order to give priority to one stakeholder over others, particularly where the legislature was so clearly alive to these considerations in making the choices it made generally for Part XXIII.1 *OSA*, and more specifically for s. 138.14.

[82] Ultimately, in light of the underlying principle and the structure of class proceedings in Canada, the operation of s. 28 *CPA* must follow the granting of leave under s. 138.8 *OSA*. I should add that this interpretation is also compatible with the legislative choices embodied in Ontario's statutory scheme for secondary market misrepresentation. Above all, it is consistent with the ordinary and grammatical meaning of the words of the provisions.

égard à la connaissance du demandeur, que ce soit lors de la publication d'un document contenant une déclaration inexacte de faits, lors d'une déclaration orale contenant une déclaration inexacte de faits, ou en cas de défaut de divulgation en temps utile (« information occasionnelle » dans la *LVM*). Le régime est contraignant et même sévère, mais il est ainsi structuré pour concilier les intérêts des demandeurs, des défendeurs et des actionnaires à long terme.

[80] Les demandeurs soutiennent qu'en raison de l'arrêt *Timminco*, il sera pratiquement impossible d'obtenir la permission. Je ne partage pas cet avis. Les événements dans *IMAX* démontrent le contraire, car les requêtes pour permission et en autorisation du recours collectif furent entendues quelque trois mois avant l'expiration du délai de prescription. Plus important encore, même à supposer que les demandeurs aient raison, *Timminco* ne crée pas cette difficulté; la Cour d'appel y refuse uniquement de soustraire un groupe précis de parties aux conséquences du régime de la *LVM*. Autrement dit, toute conséquence négative découle naturellement du texte de la partie XXIII.1, qui n'est pas ambigu.

[81] À l'instar du juge Goudge dans *Timminco*, je ne suis pas disposée à m'en remettre à un objectif isolé des délais de prescription, pris hors contexte, pour favoriser un actionnaire au détriment des autres, surtout lorsque le législateur a été si manifestement sensible à ces considérations dans les choix qu'il a faits généralement en ce qui concerne la partie XXIII.1 de la *LVM*, plus particulièrement l'art. 138.14.

[82] Ultimement, à la lumière de la structure des recours collectifs au Canada et du principe qui les sous-tend, l'application de l'art. 28 de la *LRC* doit suivre l'octroi de la permission visée à l'art. 138.8 de la *LVM*. Je dois ajouter que cette interprétation est compatible avec la volonté du législateur exprimée dans le régime statutaire ontarien en matière de déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire. Par-dessus tout, cette interprétation est conforme au sens ordinaire et grammatical des dispositions.

(3) Conclusion

[83] After considering the ordinary and grammatical meaning of the words of the provisions as well as the entire legislative context, I am of the view that s. 28 *CPA* cannot operate to suspend the limitation period for a statutory claim for secondary market misrepresentation before leave for that claim has been granted under 138.8 *OSA*. Given my conclusion, which accords with the result in *Timminco*, there is no need to address the question whether the Court of Appeal erred in overturning its own precedent. I will now turn to the second issue of these appeals.

B. *Jurisdiction for Relief*

[84] The interposition of *Timminco* in the proceedings below upset the presumption on which the plaintiffs were operating. A presumption, I should add, that was based on an erroneous reading of the provisions at issue. Before the motion judges and in this Court, the plaintiffs therefore asked that equity be used to save their statutory claims. In this Court, the argument centred on whether the courts below could and should have relied upon the doctrine of *nunc pro tunc* or the doctrine of special circumstances. Although there is some confusion on this point in the motion judges' reasons, *nunc pro tunc* and special circumstances are two separate doctrines. As a result, they need to be addressed separately.

(1) Doctrine of *Nunc Pro Tunc*

[85] The courts have inherent jurisdiction to issue orders *nunc pro tunc*. In common parlance, it would simply be said that a court has the power to backdate its orders. This power is implied by rule 59.01 of the *Rules of Civil Procedure*: “An order is effective from the date on which it is made, unless it provides otherwise.”

(3) Conclusion

[83] Après avoir analysé le sens ordinaire et grammatical du texte des dispositions ainsi que l'ensemble du contexte législatif, je suis d'avis que l'art. 28 de la *LRC* ne peut avoir pour effet de suspendre le délai de prescription applicable à un recours statutaire pour déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire avant que la permission d'intenter un tel recours n'ait été obtenue en vertu de l'art. 138.8 de la *LVM*. Vu ma conclusion, qui concorde avec le résultat atteint dans *Timminco*, point n'est besoin d'examiner si la Cour d'appel a erré en infirmant son propre précédent. Je me penche maintenant sur la deuxième question soulevée dans les présents pourvois.

B. *Compétence pour accorder un redressement*

[84] L'arrivée de l'arrêt *Timminco* dans les poursuites alors pendantes devant les tribunaux d'instance inférieure a ébranlé la prémisse sur laquelle s'appuyaient les demandeurs, une prémisse qui, dois-je ajouter, reposait sur une lecture erronée des dispositions en jeu. Devant la Cour supérieure de l'Ontario ainsi que devant notre Cour, les demandeurs ont donc demandé à ce qu'on recoure à l'équité pour sauvegarder leurs recours statutaires. Devant notre Cour, le débat portait principalement sur la question de savoir si les tribunaux d'instance inférieure auraient pu et auraient dû s'en remettre à la doctrine *nunc pro tunc* ou à celle des circonstances spéciales. Bien qu'il semble exister une certaine confusion sur ce point dans les motifs des juges de première instance, la doctrine *nunc pro tunc* et celle des circonstances spéciales sont distinctes. Je les aborde donc séparément.

(1) La doctrine *nunc pro tunc*

[85] Les tribunaux disposent d'une compétence inhérente pour rendre des ordonnances *nunc pro tunc*. En langage courant, on pourrait simplement dire que les tribunaux ont le pouvoir d'antidater leurs ordonnances. Ce pouvoir est confirmé par l'art. 59.01 des *Règles de procédure civile* : « L'ordonnance, à moins qu'elle ne contienne une disposition contraire, prend effet à compter de la date à laquelle elle est rendue. »

[86] The history of the courts' inherent jurisdiction to issue orders *nunc pro tunc* is intimately tied to the maxim *actus curiae neminem gravabit* (an act of the court shall prejudice no one). Originally, the need for this type of equitable relief arose when a party died after a court had heard his or her case but before judgment had been rendered. In civil suits, this situation caused problems because of the well-known common law rule that a personal cause of action is extinguished with the death of the claimant.

[87] One of the oldest and most often cited cases, *Turner v. London and South-Western Railway Co.* (1874), L.R. 17 Eq. 561, dealt with this very circumstance: the plaintiff had died after the hearing but before the court rendered its judgment. The court ordered that its judgment be entered *nunc pro tunc*, as of the day when the argument terminated, noting that this would not cause an injustice to the other party and that such a result was appropriate in a case in which the delay had resulted from an act of the court. A long line of Canadian cases has followed *Turner*, as courts have granted *nunc pro tunc* orders where parties have died after hearings: *Gunn v. Harper* (1902), 3 O.L.R. 693 (C.A.); *Young v. Town of Gravenhurst* (1911), 24 O.L.R. 467 (C.A.); *Hubert v. DeCamillis* (1963), 41 D.L.R. (2d) 495 (B.C.S.C.); *Monahan v. Nelson*, 2000 BCCA 297, 76 B.C.L.R. (3d) 109; *Medina v. Bravo*, 2008 BCSC 1307, 87 B.C.L.R. (4th) 369.

[88] LeBel and Rothstein JJ. drew upon this line of cases in *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429, affirming "the correctness of this approach" and concluding that the estate of any class member in a class proceeding who was alive on the date that argument concluded was entitled to the benefit of the judgment: para. 77.

[89] In *CIBC*, Strathy J. suggested that a court has inherent jurisdiction to issue an order *nunc pro tunc*,

[86] L'historique de la compétence inhérente des tribunaux de rendre des ordonnances *nunc pro tunc* est intimement lié à la maxime *actus curiae neminem gravabit* (nul acte de la cour ne doit porter préjudice à une partie au litige). À l'origine, la nécessité d'accorder ce genre de redressement équitable est survenue lorsqu'une partie est décédée après l'instruction de son dossier mais avant que le jugement ne soit rendu. Dans les poursuites civiles, cette situation posait problème en raison de la règle de common law bien connue selon laquelle une cause d'action personnelle s'éteint avec le décès du demandeur.

[87] L'un des précédents les plus anciens et les plus souvent cités, *Turner c. London and South-Western Railway Co.* (1874), L.R. 17 Eq. 561, portait précisément sur une telle situation : le demandeur est décédé après la fin de l'audition mais avant que jugement soit rendu. Le tribunal a alors rendu son ordonnance *nunc pro tunc* à la date de conclusion des débats, faisant remarquer que cela ne constituerait pas une injustice pour l'autre partie et que c'était approprié dans un cas où le retard était attribuable à un acte de la cour. Un long courant jurisprudentiel canadien a suivi la décision *Turner* et les tribunaux ont rendu des ordonnances *nunc pro tunc* lorsqu'une partie est décédée après l'audition : *Gunn c. Harper* (1902), 3 O.L.R. 693 (C.A.); *Young c. Town of Gravenhurst* (1911), 24 O.L.R. 467 (C.A.); *Hubert c. DeCamillis* (1963), 41 D.L.R. (2d) 495 (C.S.C.-B.); *Monahan c. Nelson*, 2000 BCCA 297, 76 B.C.L.R. (3d) 109; *Medina c. Bravo*, 2008 BCSC 1307, 87 B.C.L.R. (4th) 369.

[88] Les juges LeBel et Rothstein se sont fondés sur ce courant jurisprudentiel dans *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429, où ils ont confirmé « la justesse de cette approche » et conclu que la succession de tout membre du groupe dans un recours collectif qui était vivant au moment de la conclusion des plaidoiries était en droit de bénéficier du jugement : par. 77.

[89] Dans *CIBC*, le juge Strathy a suggéré que le tribunal n'avait compétence inhérente pour rendre

but only in the case of a slip or oversight. In my opinion, the occurrence of a slip or oversight is not the only circumstance in which a court may exercise its inherent jurisdiction, but is instead one example of a situation in which it may do so. To hold otherwise would run counter to the historical basis for the development of the doctrine.

[90] In fact, beyond cases involving the death of a party or a slip, the courts have identified the following non-exhaustive factors in determining whether to exercise their inherent jurisdiction to grant such an order: (1) the opposing party will not be prejudiced by the order; (2) the order would have been granted had it been sought at the appropriate time, such that the timing of the order is merely an irregularity; (3) the irregularity is not intentional; (4) the order will effectively achieve the relief sought or cure the irregularity; (5) the delay has been caused by an act of the court; and (6) the order would facilitate access to justice (*Re New Alger Mines Ltd.* (1986), 54 O.R. (2d) 562 (C.A.), at pp. 570-71; *Gallo v. Beber* (1998), 116 O.A.C. 340, at paras. 7 and 10; *Krueger v. Raccah* (1981), 12 Sask. R. 130 (Q.B.), at paras. 11-15; *Parker v. Atkinson* (1993), 104 D.L.R. (4th) 279 (Ont. Unif. Fam. Ct.), at p. 286; *Hogarth v. Hogarth*, [1945] 3 D.L.R. 78 (Ont. H.C.), at pp. 78-79; *Montego Forest Products Ltd. (Re)* (1998), 37 O.R. (3d) 651 (C.A.), at p. 654; *Couture v. Bouchard* (1892), 21 S.C.R. 281, at p. 285; *Westman v. Gyselinck*, 2014 MBQB 174, 308 Man. R. (2d) 306, at para. 40, citing *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87, at para. 28; *McKenna Estate v. Marshall* (2005), 37 R.P.R. (4th) 222 (Ont. S.C.J.), at paras. 23-24). None of these factors is determinative.

[91] Returning to the issue in the cases at bar, there are two schools of thought in the jurisprudence on whether a failure to obtain leave within a specified limitation period results in the nullity of the action or is merely a procedural irregularity. According to one view, a failure to do so results in the nullity of the action, which cannot be remedied by a *nunc pro tunc* order, and is therefore an “insurmountable obstacle”: *Holst v. Grenier* (1987), 65 Sask. R. 257 (Q.B.), at para. 10. According to the

une ordonnance *nunc pro tunc* que dans le cas d’une erreur ou d’un oubli. À mon avis, les cas d’erreur ou d’oubli ne sont pas les seuls où le tribunal peut exercer sa compétence inhérente; ce sont plutôt des exemples de situations dans lesquelles la compétence inhérente peut être exercée. Toute autre conclusion irait à l’encontre des origines historiques de la doctrine.

[90] En fait, à part les cas d’erreur ou de décès d’une partie, les tribunaux ont identifié les facteurs non exhaustifs suivants afin de décider d’exercer ou non leur compétence inhérente pour rendre pareille ordonnance : (1) l’ordonnance ne causera pas préjudice à la partie adverse; (2) l’ordonnance aurait été rendue si elle avait été sollicitée au moment propice, de sorte que le moment du prononcé de l’ordonnance est simplement une irrégularité; (3) l’irrégularité n’est pas intentionnelle; (4) l’ordonnance permettra effectivement d’obtenir le redressement demandé ou de remédier à l’irrégularité; (5) le retard est attribuable à un acte de la cour; (6) l’ordonnance faciliterait l’accès à la justice (*Re New Alger Mines Ltd.* (1986), 54 O.R. (2d) 562 (C.A.), p. 570-571; *Gallo c. Beber* (1998), 116 O.A.C. 340, par. 7 et 10; *Krueger c. Raccah* (1981), 12 Sask. R. 130 (B.R.), par. 11-15; *Parker c. Atkinson* (1993), 104 D.L.R. (4th) 279 (C. unif. fam. Ont.), p. 286; *Hogarth c. Hogarth*, [1945] 3 D.L.R. 78 (H.C. Ont.), p. 78-79; *Montego Forest Products Ltd. (Re)* (1998), 37 O.R. (3d) 651 (C.A.), p. 654; *Couture c. Bouchard* (1892), 21 R.C.S. 281, p. 285; *Westman c. Gyselinck*, 2014 MBQB 174, 308 Man. R. (2d) 306, par. 40, citant *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, par. 28; *McKenna Estate c. Marshall* (2005), 37 R.P.R. (4th) 222 (C.S.J. Ont.), par. 23-24). Aucun de ces facteurs n’est déterminant en soi.

[91] Pour revenir à la question qui se pose dans les présents dossiers, on retrouve dans la jurisprudence deux écoles de pensée sur la question de savoir si le fait de ne pas obtenir la permission à l’intérieur du délai imparti entraîne la nullité de l’action ou constitue une simple irrégularité procédurale. D’aucuns estiment qu’un tel défaut entraîne la nullité de l’action et qu’il ne peut être corrigé par une ordonnance *nunc pro tunc*, ce qui en fait un [TRADUCTION] « obstacle insurmontable » : *Holst*

second view, such a failure is merely a procedural irregularity that can be corrected by a *nunc pro tunc* order: see, e.g., *CIBC Mortgage Corp. v. Manson* (1984), 32 Sask. R. 303 (C.A.), at paras. 8-11 and 33; *McKenna*, at para. 22.

[92] In my opinion, van Rensburg J. correctly stated the law on this point in *IMAX*. She noted that the courts have been willing to grant *nunc pro tunc* orders where leave is sought within the limitation period but not obtained until after the period expires (as in *Montego Forest Products*). She also noted that, in the cases suggesting that an action commenced without leave was a nullity, the applicable limitation periods had expired before the application for leave was brought. A *nunc pro tunc* order in such cases would be of no use to the plaintiff, as it would be retroactive to a date after the expiry of the limitation period.

[93] Thus, subject to the equitable factors mentioned above, an order granting leave to proceed with an action can theoretically be made *nunc pro tunc* where leave is sought prior to the expiry of the limitation period. One very important caveat, identified by Strathy J., is that a court should not exercise its inherent jurisdiction where this would undermine the purpose of the limitation period or the legislation at issue.

[94] This is because, as with all common law doctrines and rules, the inherent jurisdiction to grant *nunc pro tunc* orders is circumscribed by legislative intent. Given the long pedigree of the doctrine and of rule 59.01, to which I have referred, it has been held that the legislature is presumed to have contemplated the possibility of a *nunc pro tunc* order: *McKenna*, at para. 27; *Parker*, at pp. 286-87; *New Alger Mines*, at pp. 570-71. However, *nunc pro tunc* orders will not be available if they are precluded by either the language or the purpose of a statute.

c. Grenier (1987), 65 Sask. R. 257 (B.R.), par. 10. D'autres sont d'avis que le fait de ne pas obtenir la permission ne constitue qu'une irrégularité procédurale susceptible d'être corrigée par une ordonnance *nunc pro tunc* : voir p. ex. *CIBC Mortgage Corp. c. Manson* (1984), 32 Sask. R. 303 (C.A.), par. 8-11 et 33; *McKenna*, par. 22.

[92] À mon avis, la juge van Rensburg a correctement énoncé le droit sur ce point dans *IMAX*. Elle a fait observer que les tribunaux se sont montrés disposés à rendre des ordonnances *nunc pro tunc* lorsque la permission avait été sollicitée dans le délai fixé, mais obtenue après l'expiration du délai (comme dans *Montego Forest Products*). Elle a également souligné que, dans les décisions où il est indiqué que l'action introduite sans permission préalable est frappée de nullité, les délais de prescription applicables étaient expirés avant l'introduction de la demande de permission. Selon elle, une ordonnance *nunc pro tunc* dans de tels cas ne serait d'aucune utilité pour le demandeur, puisqu'elle rétroagirait à une date postérieure à l'expiration du délai de prescription.

[93] En conséquence, sous réserve des considérations d'équité mentionnées plus haut, une ordonnance accordant la permission d'intenter une action peut théoriquement être rendue *nunc pro tunc* lorsque la permission est sollicitée avant l'expiration du délai de prescription. Toutefois, il importe de souligner une mise en garde très importante faite par le juge Strathy : le tribunal ne devrait pas exercer sa compétence inhérente si cela aurait pour effet de miner l'objectif du délai de prescription ou de la loi en cause.

[94] Il en est ainsi parce que, comme pour toutes les doctrines et règles de common law, la compétence inhérente de rendre des ordonnances *nunc pro tunc* est circonscrite par l'intention du législateur. Vu la longue histoire de la doctrine et la règle 59.01 à laquelle j'ai fait référence, les tribunaux ont statué que le législateur est présumé avoir envisagé la possibilité qu'une ordonnance *nunc pro tunc* soit rendue : *McKenna*, par. 27; *Parker*, p. 286-287; *New Alger Mines*, p. 570-571. Toutefois, aucune ordonnance *nunc pro tunc* ne sera rendue si le libellé

None of the other equitable factors listed above, including the delay being caused by an act of the court, can be relied on to effectively circumvent or defeat the express will of the legislature.

(2) Application of *Nunc Pro Tunc*

[95] I must now decide whether the doctrine applies to the cases at bar. Before doing so, I should briefly outline the applicable standard of review. The standard that ordinarily applies to a judge's discretionary decision on whether to grant an order *nunc pro tunc* is that of deference: if the judge has given sufficient weight to all the relevant considerations, an appellate court must defer to his or her exercise of discretion (*Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394, at p. 404). However, if the judge's discretion is exercised on the basis of an erroneous principle, an appellate court is entitled to intervene: *Soulos v. Korkontzilas*, [1997] 2 S.C.R. 217, at para. 54. In *CIBC*, Strathy J. found that he did not have jurisdiction to make the order *nunc pro tunc*. It follows that he did not actually exercise any discretion, and there is therefore no decision to defer to. But, even if he had done so, his reasoning on whether the order should be granted *nunc pro tunc* was based on an erroneous principle in that he conflated the doctrine of *nunc pro tunc* with that of special circumstances and erroneously concluded that an order can be made *nunc pro tunc* only in the event of a slip or oversight. His decision is therefore not entitled to deference on appeal.

[96] Having reached this conclusion, I must now consider whether the discretion to grant leave *nunc pro tunc* should be exercised. As I mentioned above, a court's exercise of its inherent jurisdiction to grant such an order has the potential to undermine the strict limitation period set out in s. 138.14 *OSA*. In particular, one of the clear objectives of Part XXIII.1 is to ensure that leave will be sought and obtained quickly. The requests of the plaintiffs

ou l'objet d'une loi ne l'autorise pas. Aucune des autres considérations d'équité énumérées ci-dessus, y compris le délai attribuable à un acte de la cour, ne peut servir à contourner ou à contrecarrer en fait la volonté expresse du législateur.

(2) Application de la doctrine *nunc pro tunc*

[95] Je dois maintenant décider si la doctrine *nunc pro tunc* s'applique en l'espèce. Avant de ce faire, j'exposerai brièvement la norme d'intervention applicable. La norme qui s'applique en temps normal à la décision discrétionnaire du juge de rendre ou non une ordonnance *nunc pro tunc* est celle de la déférence : si le juge de première instance a accordé suffisamment d'importance à toutes les considérations pertinentes, une cour d'appel doit s'en remettre à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge (*Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394, p. 404). Cependant, si le juge de première instance a exercé son pouvoir discrétionnaire en se fondant sur un principe erroné, une cour d'appel peut intervenir : *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217, par. 54. Dans le dossier *CIBC*, le juge Strathy a conclu qu'il n'avait pas compétence pour rendre l'ordonnance *nunc pro tunc*. Il s'ensuit qu'il n'a pas exercé de pouvoir discrétionnaire et que la déférence n'est pas de mise. En outre, même si le juge Strathy avait exercé telle discrétion, son analyse de la question de savoir si l'ordonnance devrait être rendue *nunc pro tunc* était fondée sur un principe erroné, car il a confondu la doctrine de *nunc pro tunc* et celle des circonstances spéciales et il a conclu à tort qu'une ordonnance pouvait être rendue *nunc pro tunc* uniquement en cas d'erreur ou d'oubli. Partant, il n'y a pas lieu de faire preuve de déférence en appel à l'égard de sa décision.

[96] Ayant conclu ainsi, je dois maintenant décider si le pouvoir discrétionnaire d'accorder la permission *nunc pro tunc* doit être exercé. Comme je l'ai mentionné précédemment, l'exercice de cette compétence inhérente par un tribunal pour rendre pareille ordonnance risque de miner le délai de prescription strict fixé à l'art. 138.14 de la *LVM*. Plus particulièrement, un des objectifs clairs de la partie XXIII.1 est de faire en sorte que la permission

in *CIBC* and *Celestica* for a *nunc pro tunc* order sit uneasily with this objective. As for *IMAX*, a *nunc pro tunc* order, if appropriate, can only be applicable in respect of the defendants who were parties to the original statement of claim, as I will discuss later.

[97] In *CIBC*, Strathy J. wrote that he had no jurisdiction to relieve the plaintiffs from the application of s. 138.14 *OSA*. However, a close reading of his reasons suggests that he was of the opinion that he had inherent jurisdiction, but that he could not exercise his discretion, because this case did not involve a slip or oversight. As I mentioned above, however, the occurrence of a slip or oversight is not the only circumstance in which a court may exercise its inherent jurisdiction to grant an order *nunc pro tunc*, but is instead one example of a situation in which it may do so. Strathy J. therefore erred in limiting the exercise of his inherent jurisdiction to a case involving a slip or oversight.

[98] Had he reached a different conclusion, Strathy J. would have exercised his discretion to issue the order for “several reasons”: para. 540. One of the reasons he gave was that “the plaintiffs have been diligently pursuing the motion for leave on their own behalf and on behalf of the Class”, although it is clear from his comments that this finding of fact is inextricably linked to the idea that “[t]his is not a case in which the suspension of the limitation period would have left the parties, Class Members and the court without any guarantee that the action would be prosecuted”: para. 541. Yet lack of prejudice to the defendants and diligence are two different things. Strathy J. also stated that, had he concluded that he could exercise his inherent jurisdiction, the fact that the plaintiffs were surprised by *Timminco* would have played an important role in his decision on whether to grant the order.

[99] With all due respect, what I find particularly problematic is that the plaintiffs’ request for a *nunc*

soit sollicitée et obtenue rapidement. Les demandes des demandeurs dans *CIBC* et *Celestica* visant à obtenir une ordonnance *nunc pro tunc* cadrent mal avec cet objectif. Dans *IMAX*, il n’est justifié de rendre une ordonnance *nunc pro tunc* qu’à l’égard des défendeurs parties à la déclaration initiale, tel que je l’expliquerai plus loin.

[97] Dans *CIBC*, le juge Strathy a écrit qu’il n’avait pas compétence pour soustraire les demandeurs à l’application de l’art. 138.14 de la *LVM*. Une lecture attentive de ses motifs donne toutefois à penser qu’il estimait avoir compétence inhérente mais que, comme il n’était pas en présence d’une erreur ou d’un oubli, il ne pouvait exercer son pouvoir discrétionnaire. Comme je l’ai mentionné plus haut, cependant, les cas d’erreur ou d’oubli ne sont pas les seuls où le tribunal peut exercer sa compétence inhérente pour rendre une ordonnance *nunc pro tunc*; ce sont plutôt des exemples de situations dans lesquelles il peut l’exercer. Le juge Strathy a donc commis une erreur en limitant l’exercice de sa compétence inhérente aux seuls cas d’erreur ou d’oubli.

[98] S’il avait tiré une conclusion différente, le juge Strathy aurait exercé son pouvoir discrétionnaire de rendre l’ordonnance pour [TRADUCTION] « plusieurs raisons » : par. 540. Parmi les raisons qu’il a mentionnées, figure celle selon laquelle « les demandeurs ont poursuivi avec diligence la requête pour permission en leur propre nom et au nom du groupe », mais il ressort de ses propos que cette conclusion de fait est inextricablement liée à l’idée que « [n]ous ne sommes pas en présence d’un cas où la suspension du délai de prescription aurait privé les parties, les membres du groupe et le tribunal de toute garantie que l’action serait poursuivie » : par. 541. Or, l’absence de préjudice subi par les défendeurs et la diligence sont deux choses distinctes. Toujours selon le juge Strathy, la surprise causée aux demandeurs par l’arrêt *Timminco* aurait aussi influé fortement sur sa décision de rendre ou non l’ordonnance s’il avait conclu à la possibilité d’exercer sa compétence inhérente pour ce faire.

[99] Avec beaucoup d’égards, il me semble particulièrement problématique que la demande des

pro tunc order shows that they were aware of the requirement of obtaining leave, yet they made the choice to bring a motion for leave at the same time as their certification motion rather than expediting the leave motion. Their failure to obtain leave within the limitation period is therefore a result of their own decision. The fact that the plaintiffs were surprised by the decision in *Timminco* is of no help to them, since, as Strathy J. noted, not only were they mistaken in their interpretation of the law, but they also proceeded on the assumption “that the court had jurisdiction to extend the limitation period and that the discretion would be exercised in their favour by granting leave *nunc pro tunc*”: para. 511.

[100] My colleague Cromwell J. says that “[t]he plaintiffs reasonably thought that they could be granted leave after the expiry of the limitation period” (para. 139). Although the plaintiffs’ belief that they *could be* granted leave might be considered reasonable, it was not reasonable for them to assume that they *would be* granted leave. A plaintiff cannot simply assume that he or she will be granted relief, doing nothing although knowing that the limitation period is going to expire. In the instant cases, the plaintiffs could have requested an expedited hearing, but they did not even raise the issue, ultimately presenting the judge with a *fait accompli*. As Strathy J. wrote, “Had [the issue] been raised, the parties might have considered a tolling agreement. Had the parties not reached an agreement, I would have considered whether the hearing could be scheduled at an early date or whether some other order could be made to prevent potential injustice”: para. 539. Strathy J. went further, adding that “[t]he lack of prejudice to the defendants and the irreparable prejudice to Class Members as a result of the loss of their cause of action would have militated strongly in favour of some action”: para. 539. In *CIBC*, more than a year and a half passed between the filing of the first statement of claim and the filing of the notice of motion seeking leave under s. 138.8. Granting an extension of

demandeurs visant à obtenir une ordonnance *nunc pro tunc* démontre qu’ils étaient conscients de la nécessité d’obtenir la permission, mais qu’ils ont fait le choix de plaider leur requête pour permission en même temps que leur requête en autorisation de recours collectif, plutôt que de procéder plus rapidement avec leur requête pour permission. Leur défaut d’obtenir la permission dans le délai imparti résulte donc de leur propre décision. Le fait que l’arrêt *Timminco* ait pris les demandeurs par surprise ne leur est d’aucun secours car, comme l’a signalé le juge Strathy, non seulement les demandeurs ont-ils erré dans leur interprétation de la loi, mais ils ont aussi tenu pour acquis [TRADUCTION] « que le tribunal avait compétence pour proroger le délai de prescription et qu’il exercerait son pouvoir discrétionnaire en leur faveur en leur accordant la permission *nunc pro tunc* » : par. 511.

[100] Mon collègue le juge Cromwell affirme que « [l]es demandeurs croyaient raisonnablement qu’ils pourraient obtenir l’autorisation après l’expiration du délai de prescription » (par. 139). Bien que l’on puisse considérer raisonnable la croyance des demandeurs que la permission *pouvait* leur être accordée, il n’était pas raisonnable pour eux de présumer qu’elle leur *serait* accordée. En effet, un demandeur ne peut simplement tenir pour acquis qu’un redressement lui sera accordé et ne rien faire tout en sachant que le délai de prescription expirera. Dans les présents dossiers, les demandeurs auraient pu réclamer une audition accélérée, mais ils n’ont même pas soulevé la question, plaçant ultimement le juge devant un fait accompli. Comme l’a écrit le juge Strathy, [TRADUCTION] « [s]i [la question] avait été soulevée, les parties auraient peut-être envisagé de conclure un accord sur le délai de prescription. Si elles n’étaient pas parvenues à s’entendre, j’aurais examiné si l’on pouvait tenir l’audition dans un avenir rapproché ou rendre quelque autre ordonnance pour prévenir une éventuelle injustice » : par. 539. Le juge Strathy est allé plus loin en précisant que « [l]’absence de préjudice subi par les défendeurs et le préjudice irréparable que causerait aux membres du groupe la perte de leur cause d’action aurait milité fortement en faveur d’un redressement » :

the limitation period, in the form of a *nunc pro tunc* leave order, in this context would defeat the very purpose of s. 138.14 *OSA* and would amount to an unreasonable exercise of discretion.

[101] While the courts do have inherent jurisdiction to issue *nunc pro tunc* orders in relation to leave to commence claims under s. 138.3 *OSA*, that jurisdiction is not unlimited. It should be exercised bearing in mind that the leave requirement, and its interaction with the limitation period, are central to the delicate balance struck in Part XXIII.1 *OSA*. Strathy J. wrote that “extending the limitation period in this particular case would not do violence to the purposes of limitation periods, including the need of parties to order their affairs after reasonable periods of repose and to avoid evidence becoming stale or lost”: para. 543. This comment, which focuses on limitation periods in general, disregards the delicate balance achieved in Part XXIII.1 *OSA* in particular. Strathy J. correctly observed that he should refrain from undermining the strict limitation period set out in s. 138.14 *OSA*, but, with respect, he did not act accordingly in concluding that he would have issued the *nunc pro tunc* order.

[102] Cromwell J. also refers to Strathy J.’s view that there is a duty to protect the rights of unrepresented putative class members and that that could justify the issuance of a *nunc pro tunc* order. I cannot subscribe to this argument, since class members do not have more rights than the representative plaintiff.

[103] I would also add that the last of the reasons Strathy J. gave in support of his conclusion that he would have granted such an order was premised

par. 539. Dans *CIBC*, plus d’un an et demi s’est écoulé entre le dépôt de la première déclaration et celui de l’avis de requête visant à obtenir la permission en vertu de l’art. 138.8. Proroger le délai de prescription dans ce contexte par le prononcé d’une ordonnance *nunc pro tunc* accordant la permission sollicitée contrecarrerait l’objet même de l’art. 138.14 de la *LVM* et constituerait un exercice déraisonnable du pouvoir discrétionnaire.

[101] Bien que les tribunaux aient compétence inhérente pour rendre des ordonnances *nunc pro tunc* visant la permission d’intenter un recours en vertu de l’art. 138.3 de la *LVM*, cette compétence n’est pas illimitée. Ils doivent l’exercer en gardant à l’esprit que l’obligation d’obtenir la permission et son interaction avec le délai de prescription sont essentiels à l’équilibre délicat qui est au centre de la partie XXIII.1 de la *LVM*. Le juge Strathy a écrit que [TRADUCTION] « la prorogation du délai de prescription en l’espèce ne porterait pas atteinte aux objectifs des délais de prescription, dont la nécessité pour les parties d’organiser leurs affaires après une période raisonnable de répit et d’éviter la désuétude ou la perte d’éléments de preuve » : para. 543. Ce commentaire, axé sur les délais de prescription en général, fait abstraction de l’équilibre délicat atteint par la partie XXIII.1 de la *LVM* en particulier. Le juge Strathy a fait remarquer, avec raison, qu’il devait éviter de miner le délai de prescription strict fixé à l’art. 138.14 de la *LVM* mais, avec beaucoup d’égards, je suis d’avis qu’il n’a pas agi en conséquence lorsqu’il a conclu qu’il aurait rendu l’ordonnance *nunc pro tunc*.

[102] Le juge Cromwell se réfère également à l’avis du juge Strathy selon lequel il existe un devoir de protéger les droits des membres du groupe non représentés dans le recours collectif projeté et que ce devoir pourrait justifier le prononcé d’une ordonnance *nunc pro tunc*. Je ne puis me rallier à cet argument car les membres du groupe n’ont pas plus de droits que leur représentant.

[103] J’ajouterais aussi que la dernière raison mentionnée par le juge Strathy à l’appui de sa conclusion selon laquelle il aurait rendu pareille ordonnance est

on an erroneous interpretation of the law: he found that the plaintiffs' statutory claim had a reasonable possibility of success, but as I will explain below, this finding was based on the wrong threshold.

[104] In my opinion, Strathy J., although in a very good position to assess and weigh all the relevant considerations, failed to proceed with the necessary caution in considering whether he would have exercised the court's discretion in the plaintiffs' favour. If a *nunc pro tunc* order could be made where a limitation period has expired even though the plaintiffs did absolutely nothing to prevent its expiry, the effect would be that it is very easy to override the legislature's intent.

[105] Similar considerations apply in *IMAX*. The plaintiffs waited nearly two years after leave was granted before filing a statement of claim pleading the statutory cause of action and adding defendants, even though 79 days had remained in the limitation period after leave was granted, in view of the parties' agreement that the limitation period be suspended while the leave motion was under reserve. As a result, in my opinion, the plaintiffs' delay in filing their action far outweighed any delays caused by acts of the court in respect of which a *nunc pro tunc* order might be justified. In this sense, the irregularity in their case is also tied to their own deliberate and informed acts.

[106] Nevertheless, I am inclined to grant the *nunc pro tunc* order in relation to the defendants — *IMAX Corp.*, Richard L. Gelfond, Bradley J. Wechsler and Francis T. Joyce — who were parties to the original statement of claim. I am of the view that with respect to those defendants, van Rensburg J. exercised her discretion correctly. However, as regards the other defendants (Neil S. Braun, Kenneth G. Copland, Garth M. Girvan, David W. Leebron and Kathryn A. Gamble), who

fondée sur une mauvaise interprétation du droit : en effet, il a conclu que le recours statuaire des demandeurs avait une possibilité raisonnable de succès. Toutefois, comme je l'expliquerai plus loin, il a tiré cette conclusion en appliquant le mauvais critère.

[104] À mon avis, même s'il était fort bien placé pour évaluer et soupeser l'ensemble des considérations pertinentes, le juge Strathy n'a pas fait montre de la prudence qui s'imposait en se prononçant sur l'opportunité d'exercer le pouvoir discrétionnaire du tribunal en faveur des demandeurs. Si une ordonnance *nunc pro tunc* peut être prononcée après l'expiration d'un délai de prescription alors que les demandeurs n'ont absolument rien fait pour prévenir son expiration, cela aurait pour conséquence qu'il est très facile de passer outre à l'intention du législateur.

[105] Des considérations similaires s'appliquent dans l'affaire *IMAX*. Les demandeurs ont attendu près de deux ans après avoir obtenu la permission avant de déposer une déclaration invoquant la cause d'action statuaire et d'y ajouter des défendeurs, même s'il restait encore 79 jours au délai de prescription lorsqu'ils ont obtenu la permission sollicitée — en raison de l'entente intervenue entre les parties pour suspendre le délai de prescription pendant le délibéré. J'estime donc que le retard des demandeurs à intenter leur action dépasse largement tout délai occasionné par un acte de la cour en raison duquel il serait peut-être justifié de rendre une ordonnance *nunc pro tunc*. En ce sens, l'irrégularité dans leur dossier est également liée à leurs propres gestes délibérés et éclairés.

[106] Néanmoins, je suis portée à rendre l'ordonnance *nunc pro tunc* à l'endroit des défendeurs parties à la déclaration initiale : *IMAX Corp.*, Richard L. Gelfond, Bradley J. Wechsler et Francis T. Joyce. À mon avis, la juge van Rensburg a exercé correctement son pouvoir discrétionnaire quant à ces défendeurs. Mais dans le cas des autres défendeurs (Neil S. Braun, Kenneth G. Copland, Garth M. Girvan, David W. Leebron et Kathryn A. Gamble), qui n'étaient parties à aucune instance

were not defendants in any proceeding at the time when argument on the leave application was concluded, the plaintiffs, who waited more than two years after leave was granted before issuing a first statement of claim against them as defendants and provided no valid explanation for this delay, certainly cannot be said to have acted diligently. Granting relief to the plaintiffs against those defendants in this context would undermine the strict limitation period set out in s. 138.14 OSA and the balance struck in the legislation.

[107] Indeed, here, the plaintiffs had two things to do: obtain leave and issue a fresh statement of claim (to include the statutory cause of action and to add new defendants). The leave application was under reserve when the limitation period technically expired. However, as mentioned before, the parties had agreed to suspend that period while the application remained under reserve. Therefore, a period of 79 days was still available, when leave was granted, to issue the fresh statement of claim. Yet, the amendment to include the statutory cause of action — even made outside the 79 days period — by nature, would have operated retroactively to the date of the initial statement of claim. In any event, as van Rensburg J. correctly noted: “An order for the effective date of an amendment is within the scope of rule 26.01, which provides that a court shall grant leave to amend a pleading ‘on such terms as are just’ at any stage of an action . . .” (para. 99). However, I am of the view that the situation is different regarding the addition of the new defendants. Since, strictly speaking, there was no statement of claim pending against these defendants, the amendment cannot operate retroactively. It can only apply for the future. In my opinion, adding a statutory cause of action based on the same facts as the common law claim through a technical amendment, and adding new defendants, are two different things and should be treated accordingly. In exercising her discretion, van Rensburg J. failed to address or distinguish the situation of these additional defendants. She simply concluded that a *nunc pro tunc* order was enough to relieve the plaintiffs from the expiry of the limitation period. I

pendante lorsque le débat sur la demande de permission s’est terminé, les demandeurs ayant attendu plus de deux ans après l’octroi de la permission avant de déposer une première déclaration contre eux à titre de défendeurs et n’ayant fourni aucune explication valable pour ce délai, on ne peut assurément pas dire qu’ils ont fait preuve de diligence. Accorder un redressement aux demandeurs aux dépens de ces défendeurs dans ces circonstances minerait le délai de prescription strict établi à l’art. 138.14 de la LVM et compromettrait l’équilibre établi par la loi.

[107] En effet, dans le cas présent, les demandeurs avaient deux choses à faire : obtenir la permission et produire une nouvelle déclaration (pour y ajouter la cause d’action statutaire et de nouveaux défendeurs). La demande de permission était en délibéré lorsque le délai de prescription a en principe expiré. Toutefois, comme je l’ai mentionné précédemment, les parties avaient convenu de suspendre ce délai pendant le délibéré. En conséquence, lorsque la permission fut accordée, il restait encore 79 jours pour présenter une nouvelle déclaration. Or, l’ajout de la cause d’action statutaire — même après la période de 79 jours — aurait produit, de par sa nature, ses effets rétroactivement à la date de la déclaration initiale. Quoi qu’il en soit, tel que l’a fait remarquer à juste titre la juge van Rensburg : [TRADUCTION] « Une ordonnance exécutoire à la date d’une modification relève de la règle 26.01, qui prévoit que le tribunal accorde l’autorisation de modifier un acte de procédure “à des conditions justes” à toute étape d’une action . . . » (par. 99). J’estime cependant que la situation est différente en ce qui concerne l’ajout des nouveaux défendeurs. Puisqu’il n’y a, à proprement parler, aucune déclaration existante contre ces défendeurs, la modification ne peut produire ses effets rétroactivement. Elle ne peut avoir d’effets que pour l’avenir. À mon avis, ajouter une cause d’action statutaire fondée sur les mêmes faits que la réclamation de common law par une modification technique et ajouter de nouveaux défendeurs sont deux choses différentes et doivent être traitées en conséquence. Dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, la juge van Rensburg n’a pas traité de la situation de ces défendeurs additionnels ni fait de distinction

am of the view that this question should have been addressed.

[108] Moreover, van Rensburg J. found that the facts of the case before her did not allow for the doctrine of special circumstances to be applied. She wrote the following, at para. 68: “. . . I do not believe that the doctrine of special circumstances has any actual or potential application to the operation of the limitation period under s. 138.14 of the *OSA* or is relevant to the relief sought by the plaintiffs in this case.” It is worth noting that s. 21(1) of the *Limitations Act, 2002* provides that, “[i]f a limitation period in respect of a claim against a person has expired, the claim shall not be pursued by adding the person as a party to any existing proceeding.” Some judges have said that s. 21(1) has abolished the doctrine of special circumstances for limitation periods to which the *Limitations Act, 2002* applies. See *Joseph v. Paramount Canada’s Wonderland*, 2008 ONCA 469, 90 O.R. (3d) 401. If that is true, it would be another reason why the *nunc pro tunc* order should not be granted in respect of the defendants who were added after the expiry of the limitation period. I note, however, that the case law is contradictory as regards the scope of s. 21(1) of the *Limitations Act, 2002*. See, e.g., *Bikur Cholim Jewish Volunteer Services v. Langston*, 2009 ONCA 196, 94 O.R. (3d) 401; *Dugal v. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1764.

[109] My colleague, Cromwell J., writes that “the wiser course for us . . . is not to address this issue in disposing of the *IMAX* appeal” (para. 154). I agree with him on this point. However, one may conclude that his reasons necessarily imply that s. 21 does not apply to the case at bar since he comes to the conclusion that relief *can* be granted to add defendants despite the expiry of the limitation period. Since the parties have not made complete submissions on this

entre leur situation et celle des défendeurs initiaux. Elle a simplement conclu qu’une ordonnance *nunc pro tunc* suffisait pour permettre aux demandeurs d’échapper à l’expiration du délai de prescription. J’estime que cette question aurait dû être abordée.

[108] Toujours selon la juge van Rensburg, les faits de cette affaire ne permettaient pas d’appliquer la doctrine des circonstances spéciales. Elle a écrit d’ailleurs au par. 68 : [TRADUCTION] « . . . je ne crois pas que la doctrine des circonstances spéciales s’applique de quelque façon que ce soit ou peut s’appliquer au délai de prescription fixé à l’art. 138.14 de la *LVM* ou touche le redressement sollicité par les demandeurs en l’espèce. » Il vaut la peine de signaler que le par. 21(1) de la *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, prévoit que : « En cas d’expiration du délai de prescription relatif à une réclamation contre une personne, la réclamation ne peut être formée par jonction de cette personne comme partie à une instance déjà en cours. » D’après certains juges, le par. 21(1) a aboli la doctrine des circonstances spéciales en ce qui concerne les délais de prescription auxquels s’applique la *Loi de 2002 sur la prescription des actions*. Voir *Joseph c. Paramount Canada’s Wonderland*, 2008 ONCA 469, 90 O.R. (3d) 401. Si cela est exact, ce serait une autre raison pour laquelle il convient de ne pas rendre l’ordonnance *nunc pro tunc* à l’égard des défendeurs qui ont été ajoutés après l’expiration du délai de prescription. Je signale toutefois que la jurisprudence est contradictoire quant à la portée du par. 21(1) de la *Loi de 2002 sur la prescription des actions*. Voir p. ex. *Bikur Cholim Jewish Volunteer Services c. Langston*, 2009 ONCA 196, 94 O.R. (3d) 401; *Dugal c. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1764.

[109] Mon collègue le juge Cromwell écrit qu’« il est plus sage pour nous . . . de ne pas nous prononcer sur ce point en tranchant le pourvoi *IMAX* » (para. 154). Je suis d’accord avec lui sur ce point. Cependant, l’on pourrait conclure que ses motifs supposent nécessairement que l’art. 21 ne s’applique pas en l’espèce car il parvient à la conclusion qu’un redressement *peut* être accordé, soit l’ajout de défendeurs, et ce, malgré l’expiration du délai

point and since I conclude that relief regarding the addition of new defendants should not be granted for other reasons, it is not necessary for me to address the issue of s. 21(1). I would nevertheless highlight that, at the very least, s. 21 is an explicit recognition by the Ontario legislature that amendments aiming to add parties to an existing procedure are different in nature than other types of amendments and should be made promptly. At the risk of repeating myself, for a period of almost five years and three months, the only defendants to the existing statement of claim were IMAX Corp., Richard L. Gelfond, Bradley J. Wechsler and Francis T. Joyce.

[110] To sum up, given the agreement between the parties to suspend the limitation period while the decision was under reserve, which had the effect of leaving a period of 79 days available in the limitation period when leave was granted, and given the existence of the original statement of claim, I am of the view that a *nunc pro tunc* order is justified in relation to the defendants who were parties to that statement of claim. As regards the defendants who were not parties to any statement of claim at the time when argument on the leave application was concluded, however, the discretion to grant leave *nunc pro tunc* should not be exercised, nor do the facts of this case justify the application of the doctrine of special circumstances — assuming that it has not been abolished by s. 21(1) of the *Limitations Act, 2002*. I would therefore not issue the order in relation to Neil S. Braun, Kenneth G. Copland, Garth M. Girvan, David W. Leebron and Kathryn A. Gamble, but would issue it in respect of IMAX Corp., Richard L. Gelfond, Bradley J. Wechsler and Francis T. Joyce.

[111] As for *Celestica*, because no motion for leave was filed before the expiry of the limitation period, a *nunc pro tunc* order, assuming one were available, could not remedy that expiry. This is sufficient to deny a *nunc pro tunc* order. Moreover, for reasons which I will explain below, I am of the opinion, with

de prescription. Puisque les parties n'ont pas présenté d'argumentation complète sur ce point et que je conclus qu'un redressement concernant l'ajout de nouveaux défendeurs ne devrait pas être octroyé pour d'autres motifs, je n'ai pas à trancher la question du par. 21(1). Je soulignerais néanmoins que l'art. 21 constitue à tout le moins une reconnaissance explicite par le législateur ontarien que les modifications visant à ajouter des parties à une instance pendante diffèrent d'autres types de modification et devraient être apportées promptement. Au risque de me répéter, pendant presque cinq ans et trois mois, les seuls défendeurs parties à la déclaration existante étaient IMAX Corp., Richard L. Gelfond, Bradley J. Wechsler et Francis T. Joyce.

[110] En somme, vu que les parties se sont entendues pour suspendre le délai de prescription alors que la décision était en délibéré, ce qui a eu pour effet de laisser une période de 79 jours à l'intérieur du délai de prescription quand la permission a été accordée, et vu l'existence de la déclaration initiale, je suis d'avis qu'il y a lieu de rendre une ordonnance *nunc pro tunc* à l'endroit des défendeurs parties à cette déclaration initiale. Mais en ce qui concerne les défendeurs qui n'étaient pas parties à une déclaration existante au moment où le débat sur la demande de permission s'est conclu, le pouvoir discrétionnaire d'accorder la permission *nunc pro tunc* ne doit pas être exercé, et les faits de la présente espèce ne justifient pas non plus l'application de la doctrine des circonstances spéciales, à supposer que celle-ci n'ait pas été abolie par le par. 21(1) de la *Loi de 2002 sur la prescription des actions*. Je suis donc d'avis de ne pas rendre l'ordonnance sollicitée à l'égard de Neil S. Braun, Kenneth G. Copland, Garth M. Girvan, David W. Leebron et Kathryn A. Gamble, mais de le faire à l'endroit d'IMAX Corp., Richard L. Gelfond, Bradley J. Wechsler et Francis T. Joyce.

[111] Quant à l'affaire *Celestica*, comme aucune requête pour permission n'a été déposée avant l'expiration du délai de prescription, une ordonnance *nunc pro tunc*, à supposer qu'on puisse y recourir, ne pourrait remédier à l'expiration de ce délai. Cette raison suffit pour refuser de rendre une ordonnance

all due respect, that it was not open to Perell J. to apply the doctrine of special circumstances to salvage the plaintiffs' claim.

(3) Doctrine of Special Circumstances

[112] Although pinpointing the origin of an equitable doctrine is generally an exercise fraught with peril, it can be said with a limited degree of certainty that the doctrine of special circumstances originated in Lord Esher M.R.'s ruling in *Weldon v. Neal* (1887), 19 Q.B.D. 394 (C.A.). In that case, Lord Esher stated that an amendment adding a cause of action to a statement of claim after the expiry of the limitation period for that cause of action will generally be unfair and prejudice a defendant. He therefore held that a court should allow such an amendment only in "very peculiar circumstances": p. 395. It is this narrow exception which has evolved into what is now known as the doctrine of special circumstances.

[113] In essence, the doctrine allows a court to temper the potentially harsh and unfair effects of limitation periods by allowing a plaintiff to add a cause of action or a party to the statement of claim after the expiry of the relevant limitation period. I hasten to add that, as the Court recognized in *Basarsky v. Quinlan*, [1972] S.C.R. 380, and as the word "special" — or "peculiar" — suggests, the circumstances warranting such an amendment will not often occur.

[114] As an offspring of equity, the doctrine of special circumstances is naturally concerned with fairness to the parties. Indeed, this concern was at the forefront of Lord Esher's mind in *Weldon*. Unsurprisingly, no exhaustive list of the circumstances that qualify as "special" has been proposed by the courts, and I believe it would be risky and unwise to do so. I note however that, concerned with not prejudicing a defendant, this Court has paid particular attention to whether the facts relevant to the

nunc pro tunc. De plus, pour les motifs que j'exposerais plus loin, j'estime avec beaucoup d'égards qu'il n'était pas loisible au juge Perell de s'en remettre à la doctrine des circonstances spéciales pour sauvegarder la réclamation des demandeurs.

(3) La doctrine des circonstances spéciales

[112] Cerner l'origine d'une doctrine en equity est généralement un exercice parsemé d'embûches, mais on peut affirmer avec un certain niveau de certitude que la doctrine des circonstances spéciales a vu le jour dans la décision *Weldon c. Neal* (1887), 19 Q.B.D. 394 (C.A.), du maître des rôles lord Esher. Dans cette affaire, lord Esher a affirmé qu'un amendement ajoutant une cause d'action à une déclaration après l'expiration du délai de prescription applicable à cette cause d'action est généralement injuste et cause préjudice à un défendeur. En conséquence, le juge a conclu que le tribunal ne devrait pas autoriser pareil amendement, à moins d'être en présence de [TRADUCTION] « circonstances très particulières » : p. 395. Il s'agit là de l'exception limitée qui est devenue ce qu'on appelle désormais la doctrine des circonstances spéciales.

[113] Essentiellement, cette doctrine autorise le tribunal à modérer les effets potentiellement sévères et injustes des délais de prescription en permettant à un demandeur d'ajouter une cause d'action ou une partie à sa déclaration après l'expiration du délai de prescription applicable. Je m'empresse d'ajouter que, comme l'a reconnu la Cour dans *Basarsky c. Quinlan*, [1972] R.C.S. 380, et tel que l'évoquent les mots « spécial » ou « particulier », les circonstances justifiant une telle modification se présentent rarement.

[114] Issue de l'equity, la doctrine des circonstances spéciales implique naturellement l'équité envers les parties. En effet, cette préoccupation était celle de lord Esher dans *Weldon*. Comme on pouvait s'y attendre, les tribunaux n'ont proposé aucune liste exhaustive des circonstances qui pourraient être qualifiées de « spéciales », et j'estime qu'il serait périlleux et peu judicieux de le faire. Je signale toutefois que, soucieuse de ne pas causer préjudice à un défendeur, la Cour a porté une

extinguished action were pleaded in the original statement of claim and whether the defendant was aware of them during discovery: *Basarsky*; see also *Dugal*, at paras. 60-68. The factors enumerated by the Ontario Court of Appeal in *Frohlick v. Pinkerton Canada Ltd.*, 2008 ONCA 3, 88 O.R. (3d) 401, at para. 23, which were reiterated by van Rensburg J. in *IMAX*, are also helpful guides:

As such, “special circumstances” include factors such as: the relationship between the proposed claim and the existing action; the true nature of all of the claims; the progress of the action; and the knowledge of the parties [*IMAX*, at para. 71]

[115] Here, the legislature specifically barred a plaintiff from commencing a statutory action under s. 138.3 *OSA* without first obtaining leave of the court. This leave requirement, and its interaction with the limitation period, is central to the delicate balance which Part XXIII.1 *OSA* strikes between the various participants in the market.

[116] The doctrine of special circumstances is of no avail to any of the plaintiffs in the three cases before us. This is because neither the limitation period in s. 138.14 *OSA* nor the leave requirement in s. 138.8 *OSA* can be defeated by amending the pleadings to include a statutory claim under s. 138.3. In all three cases, this doctrine does not provide the plaintiffs with an effective remedy, since it cannot on its own overcome the leave requirement of s. 138.8 *OSA*.

[117] In the case of *Celestica*, in which the limitation period expired before a motion for leave was even brought, applying the special circumstances doctrine to grant relief to the plaintiffs would necessarily provide judges with general authority to extend limitation periods, which would frustrate the purpose of s. 138.14 *OSA*. It is also striking that

attention particulière à la question de savoir si les faits pertinents quant à l’action éteinte avaient été allégués dans la déclaration initiale et si le défendeur avait connaissance de ceux-ci au moment de l’interrogatoire préalable : *Basarsky*; voir également *Dugal*, par. 60-68. Les facteurs énumérés par la Cour d’appel de l’Ontario dans *Frohlick c. Pinkerton Canada Ltd.*, 2008 ONCA 3, 88 O.R. (3d) 401, par. 23, et réitérés par la juge van Rensburg dans l’arrêt *IMAX* nous éclairent également :

[TRADUCTION] Par conséquent, les « circonstances spéciales » comprennent des facteurs comme : le rapport entre la réclamation projetée et l’action en cours; la véritable nature de toutes les réclamations; l’évolution de l’action; les connaissances des parties . . . [*IMAX*, par. 71]

[115] En l’espèce, le législateur a expressément prévu l’impossibilité pour un demandeur d’intenter un recours au titre de l’art. 138.3 de la *LVM* sans avoir d’abord obtenu la permission du tribunal. Cette obligation d’obtenir une permission préalable et son interaction avec le délai de prescription sont au cœur de l’équilibre délicat établi par la partie XXIII.1 de la *LVM* entre les différents acteurs du marché.

[116] La doctrine des circonstances spéciales n’est d’aucune utilité pour l’un ou l’autre des demandeurs dans les trois dossiers dont nous sommes saisis. Il en est ainsi parce qu’on ne peut faire obstacle au délai prescrit à l’art. 138.14 de la *LVM* ou à la permission exigée à l’art. 138.8 de cette loi en amendant les actes de procédure pour y inclure le recours de l’art. 138.3. Dans les trois cas, cette doctrine ne permet pas aux demandeurs d’obtenir un redressement efficace car elle ne peut contrer à elle seule l’exigence de permission prévue par l’art. 138.8 de la *LVM*.

[117] Dans l’affaire *Celestica*, où le délai de prescription a expiré avant même qu’une requête pour permission soit présentée, appliquer la doctrine des circonstances spéciales pour accorder un redressement aux demandeurs conférerait nécessairement aux juges le pouvoir général de proroger les délais de prescription, ce qui irait à l’encontre de l’objet de

Perell J., in discussing the “special circumstances” justifying this discretionary remedy, did not conclude that the plaintiffs had been diligent, but focused instead on the absence of prejudice to the defendants.

C. Threshold of Reasonable Possibility of Success

[118] In *CIBC*, the defendants challenged the threshold that must be met by a plaintiff applying for leave under s. 138.8 *OSA*. One of the conditions that must be met to obtain leave is that the court must be satisfied that “there is a reasonable possibility that the action will be resolved at trial in favour of the plaintiff”: s. 138.8(1)(b) *OSA*. Strathy J. interpreted this statutory language as establishing a relatively low threshold according to which leave will be denied only if, “having considered all the evidence adduced by the parties and having regard to the limitations of the motions process, the plaintiffs’ case is so weak or has been so successfully rebutted by the defendant, that it has no reasonable possibility of success”: para. 374. The Court of Appeal upheld this interpretation of s. 138.8(1)(b).

[119] The defendants in *CIBC* argued in this Court that the threshold articulated by Strathy J. is too low.

[120] I will address the point briefly, given the Court’s recent decision in *Theratechnologies inc. v. 121851 Canada inc.*, 2015 SCC 18, [2015] 2 S.C.R. 106.

[121] In *Theratechnologies*, the Court was asked to interpret s. 225.4 of the *Securities Act*, CQLR, c. V-1.1 (“*QSA*”), the Quebec counterpart to s. 138.8 *OSA*. That section, which introduces a leave requirement for a statutory claim based on a secondary market misrepresentation in Quebec, provides that

l’art. 138.14 de la *LVM*. Il est aussi remarquable que le juge Perell, dans son analyse des « circonstances spéciales » justifiant ce redressement discrétionnaire, n’ait pas conclu que les demandeurs avaient fait preuve de diligence. Il a plutôt insisté sur l’absence de préjudice subi par les défendeurs.

C. Le critère préliminaire de la possibilité raisonnable de succès

[118] Dans l’affaire *CIBC*, les défendeurs ont contesté le critère préliminaire auquel doit satisfaire un demandeur lorsqu’il demande la permission au titre de l’art. 138.8 de la *LVM*. L’une des conditions que le demandeur doit respecter pour pouvoir obtenir cette permission consiste à démontrer à la satisfaction du tribunal qu’« il est raisonnablement possible que l’action soit réglée au procès en faveur du demandeur » : al. 138.8(1)(b) de la *LVM*. Selon le juge Strathy, ces mots établissent un critère relativement peu élevé suivant lequel la permission ne sera pas accordée seulement si, [TRADUCTION] « eu égard à l’ensemble de la preuve présentée par les parties et compte tenu des limites inhérentes au processus des requêtes, la preuve du demandeur est tellement faible ou a été réfutée par le défendeur avec tant de succès qu’il n’a aucune possibilité raisonnable de succès » : par. 374. La Cour d’appel a confirmé cette interprétation de l’al. 138.8(1)(b).

[119] Les défendeurs dans le dossier *CIBC* ont fait valoir devant la Cour que le critère préliminaire formulé par le juge Strathy n’est pas assez lourd ou élevé.

[120] Je traiterai brièvement de ce point compte tenu de l’arrêt récent de la Cour dans *Theratechnologies inc. c. 121851 Canada inc.*, 2015 CSC 18, [2015] 2 R.C.S. 106.

[121] Dans *Theratechnologies*, la Cour était appelée à interpréter l’art. 225.4 de la *Loi sur les valeurs mobilières*, RLRQ, c. V-1.1 (« *LVMQ* »), l’équivalent québécois de l’art. 138.8 de la *LVM*. Cet article, qui établit l’obligation d’obtenir la permission d’intenter un recours pour déclaration inexacte de

there must be a “reasonable possibility that [the action] will be resolved in favour of the plaintiff” for leave to be granted. The Court stated that for an action to have a “reasonable possibility” of success under s. 225.4, there must be a “reasonable or realistic chance that [it] will succeed”: *Theratechnologies*, at para. 38. Claimants must “offer both a plausible analysis of the applicable legislative provisions, and some credible evidence in support of the claim”: *Theratechnologies*, at para. 39.

[122] There is no difference between the language of s. 138.8 *OSA* and that of s. 225.4 *QSA*. Moreover, both provisions relate to leave applications for statutory claims based on secondary market misrepresentation, albeit in different jurisdictions. Accordingly, the threshold test under s. 225.4 *QSA* articulated in *Theratechnologies* applies in the context of s. 138.8 *OSA*.

[123] Although there may be differences in the records that need to be produced in support of the leave applications in Quebec and Ontario (*Theratechnologies inc. v. 121851 Canada inc.*, 2013 QCCA 1256, at paras. 125-26 (CanLII)), this does not affect the threshold a plaintiff must meet.

D. *Preferability*

[124] In *CIBC*, the plaintiffs sought certification for seven common issues relating to a common law misrepresentation claim. Strathy J. held that reliance, a necessary element of a common law misrepresentation claim, “is not an issue that is capable of resolution on a common basis”: para. 600. He added that “a class proceeding would not be the preferable procedure for resolving a reliance-based claim, as it would give rise to individual issues of causation and reliance that would be unmanageable”: para. 610. In

faits sur le marché secondaire au Québec, indique qu’il doit exister une « possibilité raisonnable que le demandeur ait gain de cause » pour que la permission soit accordée. La Cour a affirmé que la « possibilité raisonnable » d’avoir gain de cause au sens de l’art. 225.4 s’entend d’une « possibilité raisonnable ou réaliste que le demandeur ait gain de cause » : *Theratechnologies*, par. 38. Ainsi, le demandeur doit « offrir une analyse plausible des dispositions législatives applicables, et il doit également présenter des éléments de preuve crédibles à l’appui de sa demande » : *Theratechnologies*, par. 39.

[122] Il n’y a pratiquement aucune différence entre le libellé de l’art. 138.8 de la *LVM* de l’Ontario et celui de l’art. 225.4 de la *LVMQ*. De plus, ces deux dispositions touchent les demandes de permission visant à intenter un recours statuaire pour déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire, quoique dans des provinces différentes. Par conséquent, le critère préliminaire formulé dans l’arrêt *Theratechnologies* à l’égard de l’art. 225.4 de la *LVMQ* s’applique dans le contexte de l’art. 138.8 de la *LVM* ontarienne.

[123] Bien qu’il puisse y avoir des différences en ce qui concerne les documents à produire au Québec et en Ontario respectivement à l’appui des demandes de permission (*Theratechnologies inc. c. 121851 Canada inc.*, 2013 QCCA 1256, [2013] R.J.Q. 1128, par. 125-126), cela n’a aucune incidence sur le critère préliminaire auquel doit satisfaire le demandeur.

D. *Le meilleur moyen*

[124] Dans le dossier *CIBC*, les demandeurs ont sollicité une autorisation de recours collectif quant à sept questions communes relatives à une réclamation pour déclaration inexacte en common law. Le juge Strathy a conclu que la question de savoir si une personne s’est fiée aux informations inexacts, élément nécessaire du recours de common law pour déclaration inexacte, [TRADUCTION] « n’est pas une question susceptible d’être traitée collectivement » : par. 600. Le juge Strathy a ajouté

the result, he refused to certify all seven issues relating to the common law negligent misrepresentation claim.

[125] The Court of Appeal upheld the motion judge's decision not to certify the issues relating to reliance and damages. However, it held that five out of the seven issues proposed by the plaintiffs related to the intent and conduct of the defendant CIBC, and should be certified as against CIBC in order to advance the litigation against it. The Court of Appeal therefore allowed the appeal in part and certified those five issues.

[126] In this Court, the defendants argued that none of the issues relating to the common law misrepresentation claim should be certified in this case. The defendants further argued that the common law misrepresentation claim fails the preferability analysis required under s. 5(1)(d) *CPA*, because the common law cause of action is not preferable to the statutory cause of action under Part XXIII.1 *OSA*. The defendants raised several arguments to the effect that the procedure created by Part XXIII.1 was specifically intended by the legislature to be the preferable procedure for class actions: CIBC's factum, at paras. 89-111.

[127] CIBC's argument is premised in part on *AIC Limited v. Fischer*, 2013 SCC 69, [2013] 3 S.C.R. 949, in which this Court stated that the preferability analysis focuses not just on the alternative procedure, but also on the effect that the procedure may have on the achievement of substantive results: para. 34.

[128] I am unable to accept CIBC's arguments. First, they run counter to the language of s. 138.13

qu'« un recours collectif ne serait pas le meilleur moyen de régler une action fondée sur le fait que le demandeur s'est fié aux déclarations, puisque cela soulèverait des questions individuelles de lien de causalité et de fiabilité qui seraient impossibles à gérer » : par. 610. Par conséquent, il a refusé d'autoriser les sept questions relatives à l'action en common law pour déclaration inexacte faite par négligence.

[125] La Cour d'appel a confirmé la décision du juge des requêtes de ne pas autoriser les questions relatives à la causalité et aux dommages-intérêts. Toutefois, elle a conclu que cinq des sept questions proposées par les demandeurs se rapportaient à l'intention et à la conduite de la défenderesse CIBC et devaient être autorisées à l'encontre de cette dernière pour que la poursuite engagée contre elle aille de l'avant. La Cour d'appel a donc accueilli l'appel en partie et autorisé ces cinq questions.

[126] Devant nous, les défendeurs ont fait valoir qu'aucune des questions liées à la réclamation de common law fondée sur la déclaration inexacte ne devrait être autorisée en l'espèce. Les défendeurs ont également affirmé que la réclamation de common law ne remplit pas la condition du meilleur moyen établie à l'al. 5(1)d) de la *LRC*, parce que la cause d'action en common law n'est pas meilleure que la cause d'action fondée sur la partie XXIII.1 de la *LVM*. Les défendeurs ont fait valoir plusieurs arguments selon lesquels le législateur voulait expressément que le recours créé par la partie XXIII.1 soit le meilleur pour les recours collectifs : mémoire de CIBC, par. 89-111.

[127] L'argument de CIBC s'appuie en partie sur l'arrêt *AIC Limitée c. Fischer*, 2013 CSC 69, [2013] 3 R.C.S. 949, dans lequel la Cour a mentionné que l'analyse du meilleur moyen s'attache non seulement à l'autre recours, mais aussi à l'effet que la procédure utilisée peut avoir sur l'atteinte de résultats concrets : par. 34.

[128] Je ne puis retenir les arguments de CIBC. Premièrement, ils vont à l'encontre du libellé de

OSA, which provides that the statutory right of action under s. 138.3 *OSA* is meant to be “in addition to, and without derogation from, any other rights”. Moreover, the preferability analysis under s. 5(1)(d) *CPA* requires a court to assess whether a class proceeding is the preferable *procedure*. The Court’s dictum in *Fischer* does not stand for the proposition, essentially advanced by the defendants, that a cause of action must be the preferable one in order for a claim based on it to be certified as a class proceeding. It merely indicates that the effect of a procedure on substantive rights is relevant to its preferability for the pursuit of a given cause of action. In short, the defendants’ argument confuses procedure with substantive causes of action.

VI. Conclusion

[129] For the reasons stated above:

- In *CIBC*, I would allow the appeal except in respect of the Court of Appeal’s conclusion that five of the seven issues proposed by the plaintiffs should be certified.
- In *IMAX*, I would allow the appeal and only issue a *nunc pro tunc* order granting leave to commence the statutory action in relation to the defendants who were parties to the original statement of claim, that is, *IMAX Corporation*, *Richard L. Gelfond*, *Bradley J. Wechsler* and *Francis T. Joyce*.
- In *Celestica*, I would also allow the appeal.
- Finally, in *CIBC* and *Celestica*, I would award costs to the appellants throughout. In *IMAX*, I would also award costs to the appellants throughout regardless of my decision to grant a *nunc pro tunc* order for some defendants.

l’art. 138.13 de la *LVM*, lequel indique que le droit d’action conféré par l’art. 138.3 de la *LVM* « ne port[e] pas atteinte aux autres droits [. . .] mais s’y ajout[e] ». De plus, l’analyse du meilleur moyen fondée sur l’al. 5(1)d de la *LRC* exige du tribunal qu’il évalue si un recours collectif est le meilleur moyen. La remarque de la Cour dans *Fischer* ne permet pas d’affirmer, comme le font essentiellement les défendeurs, qu’une cause d’action doit être la meilleure pour être autorisée comme recours collectif. La Cour précise simplement que l’effet d’une procédure sur les droits substantiels est pertinent lorsqu’il s’agit de déterminer si c’est le meilleur moyen de poursuivre une cause d’action donnée. Bref, l’argument des défendeurs confond la procédure et les causes d’action sur le fond.

VI. Conclusion

[129] Pour les motifs qui précèdent :

- Dans *CIBC*, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, sauf en ce qui concerne la conclusion de la Cour d’appel selon laquelle il y a lieu d’autoriser cinq des sept questions proposées par les demandeurs.
- Dans *IMAX*, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de rendre une ordonnance *nunc pro tunc* accordant la permission d’intenter le recours statutaire seulement à l’égard des défendeurs parties à la déclaration initiale, en l’occurrence *IMAX Corporation*, *Richard L. Gelfond*, *Bradley J. Wechsler* et *Francis T. Joyce*.
- Dans *Celestica*, je suis également d’avis d’accueillir le pourvoi.
- Enfin, dans *CIBC* et *Celestica*, je suis d’avis d’accorder aux appelants leurs dépens devant toutes les cours. Dans *IMAX*, je suis également d’avis d’accorder aux appelants leurs dépens devant toutes les cours malgré ma décision de rendre une ordonnance *nunc pro tunc* à l’endroit de certains défendeurs.

The following are the reasons delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[130] I agree with my colleague Côté J.'s interpretation of the limitation and leave provisions which leads to the conclusion that the actions in these appeals were commenced after expiry of the limitation period. I also agree that the Ontario Superior Court of Justice has a discretionary power to grant leave, *nunc pro tunc*, after the expiry of that period, to commence a statutory claim for secondary market misrepresentation under Part XXIII.1 of the Ontario *Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5 (“OSA”). I part company with my colleague, however, on the question of whether the appeals in *Canadian Imperial Bank of Commerce et al. v. Green and Bell* (“CIBC”) and *IMAX Corp. et al. v. Silver and Cohen* (“IMAX”) are proper cases in which to exercise that discretion. In my view they are and I would dismiss the appeals. As for the appeal in *Celestica Inc. et al. v. Trustees of the Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund et al.* (“*Celestica*”), I agree with Côté J.'s reasons and disposition, including as to costs.

[131] The possible limitation period problem was not on anyone's radar before the Ontario Court of Appeal's decision in *Sharma v. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569, in February 2012. These proceedings had been underway for years before that, since 2006 in the case of the *IMAX* action and 2008 in the case of the *CIBC* action. In both matters, the motion judges found that the plaintiffs had prosecuted their claims with diligence, that the claims had a reasonable prospect of success, that the defendants had been well aware of the nature of the claims from the beginning and that there was no hint of prejudice to them resulting from the passage of time. The record suggests that the defendants were as surprised as the plaintiffs to learn that they

Version française des motifs rendus par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[130] Je souscris à l'interprétation que donne ma collègue la juge Côté des dispositions relatives au délai de prescription et à l'autorisation et qui mène à la conclusion que les actions en l'espèce ont été intentées après l'expiration du délai de prescription. Je partage aussi son avis que la Cour supérieure de justice de l'Ontario a le pouvoir discrétionnaire d'accorder, après l'expiration de ce délai, l'autorisation *nunc pro tunc* d'exercer un recours pour présentation inexacte des faits sur le marché secondaire en vertu de la partie XXIII.1 de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario, L.R.O. 1990, c. S.5 (« LVM »). Je diverge toutefois d'opinion avec ma collègue sur le point de savoir si les affaires *Banque Canadienne Impériale de Commerce et autres c. Green et Bell* (« CIBC ») et *IMAX Corp. et autres c. Silver et Cohen* (« IMAX ») sont des cas où il est opportun d'exercer ce pouvoir discrétionnaire. J'estime qu'ils le sont et je suis d'avis de rejeter les pourvois. Pour ce qui est du pourvoi dans *Celestica Inc. et autres c. Fiduciaires de la caisse de retraite en fiducie du Millwright Regional Council of Ontario et autres* (« *Celestica* »), je souscris aux motifs et au dispositif de la juge Côté, y compris sur la question des dépens.

[131] Personne ne croyait que le délai de prescription risquait de poser problème avant que la Cour d'appel de l'Ontario ne rende son arrêt *Sharma c. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569, en février 2012. Ces procédures étaient alors en cours depuis des années, soit depuis 2006 dans l'affaire *IMAX* et depuis 2008 dans l'affaire *CIBC*. Dans les deux dossiers, les juges des motions ont conclu que les demandeurs avaient poursuivi leurs réclamations avec diligence, que les réclamations avaient une possibilité raisonnable d'être accueillies, que les défendeurs connaissaient fort bien leur nature depuis le début et qu'aucun indice ne portait à croire que le temps écoulé leur avait causé préjudice. Le dossier révèle que les défendeurs ont été aussi étonnés que

might have a limitation defence when *Timminco* was released. Failing to exercise the *nunc pro tunc* discretion in these cases permits the defendants to avoid facing the merits of the plaintiffs' claims on purely technical grounds that even the defendants did not assert until after the fact.

II. *CIBC*

[132] The motion judge in the *CIBC* appeals, Strathy J. (as he then was), found that the plaintiffs' secondary market misrepresentation claim brought under Part XXIII.1 of the *OSA* was time-barred because they had not obtained leave of the court to commence it within the three-year limitation period found at s. 138.14 of the *OSA*: *Green v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2012 ONSC 3637, 29 C.P.C. (7th) 225. I agree with this conclusion. Strathy J. also found, however, that he had no authority to grant the plaintiffs leave *nunc pro tunc* in order to avoid dismissing the plaintiffs' action as time-barred. I agree with Côté J. that this conclusion was wrong and that the motion judge in fact had a discretion to grant the order *nunc pro tunc*.

[133] The question then becomes whether that discretion ought to be exercised in the plaintiffs' favour. The motion judge stated that if he had jurisdiction to extend the limitation period by granting leave *nunc pro tunc*, he would do so. Before turning to his reasons for reaching that conclusion, it is worth noting how well placed he was to assess the factors relevant to this question. Any legal errors that he made were irrelevant to his assessment of the equities in relation to whether or not to allow the claim to proceed.

[134] The motion judge had been the case management judge assigned to this file since the fall of

les demandeurs d'apprendre qu'ils disposaient peut-être d'un moyen de défense fondé sur la prescription lorsque *Timminco* a été rendu. L'omission d'exercer le pouvoir discrétionnaire *nunc pro tunc* dans les présentes affaires permet aux défendeurs d'éluder le bien-fondé des réclamations des demandeurs pour des motifs purement techniques que même les défendeurs n'ont invoqués qu'après coup.

II. *CIBC*

[132] Le juge des motions dans l'affaire *CIBC*, le juge Strathy (maintenant Juge en chef de l'Ontario), a conclu que le recours intenté par les demandeurs pour présentation inexacte des faits sur le marché secondaire en vertu de la partie XXIII.1 de la *LVM* était prescrit parce que le tribunal ne leur avait pas accordé l'autorisation de l'intenter dans le délai de trois ans fixé à l'art. 138.14 de cette loi : *Green c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2012 ONSC 3637, 29 C.P.C. (7th) 225. Je fais mienne cette conclusion. Par contre, le juge Strathy a aussi conclu qu'il ne disposait pas du pouvoir d'accorder aux demandeurs l'autorisation *nunc pro tunc* en vue d'éviter d'avoir à rejeter l'action des demandeurs pour cause de prescription. À l'instar de la juge Côté, j'estime que cette conclusion était erronée et que le juge des motions pouvait effectivement rendre l'ordonnance *nunc pro tunc* dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

[133] Il faut donc déterminer si ce pouvoir discrétionnaire devrait être exercé en faveur des demandeurs. Le juge des motions a affirmé qu'il aurait prorogé le délai de prescription en accordant l'autorisation *nunc pro tunc* s'il était compétent pour le faire. Avant de passer aux motifs pour lesquels le juge des motions est parvenu à cette conclusion, il convient de noter à quel point il était bien placé pour évaluer les facteurs pertinents à cet égard. Toute erreur de droit qu'il aurait commise, le cas échéant, n'avait rien à voir avec son évaluation du caractère équitable de la décision de permettre ou non que la réclamation aille de l'avant.

[134] Le juge des motions était chargé de la gestion de l'instance dans ce dossier depuis l'automne

2009. He had conducted the 8-day hearing which led to his decision. The record before him was voluminous. It consisted of some 25 affidavits, excerpts from thousands of documents, 29 days of cross-examination and the evidence of 18 witnesses. The reasons for decision demonstrate that the motion judge had an encyclopedic grasp of this material. He was, therefore, ideally placed to assess and weigh all of the many considerations that are relevant to the question of whether the court's discretion should be exercised in the plaintiffs' favour. His assessment of those considerations and the weight to be given to them should, in my view, be treated with deference on appeal.

[135] The motion judge gave five reasons why he would exercise his discretion to grant leave *nunc pro tunc* in the plaintiffs' favour. I see no error in the principles that he applied, in the factors that he considered relevant or in his assessment of the evidence. In short, I see no basis to interfere with his conclusion that this is a proper case to exercise the *nunc pro tunc* discretion in the plaintiffs' favour.

[136] The motion judge began by finding that the plaintiffs had been diligent in pursuing their action:

First, unlike the situation in *Timminco Ltd.*, the plaintiffs have been diligently pursuing the motion for leave on their own behalf and on behalf of the Class. This is not a case in which the suspension of the limitation period would have left the parties, Class Members and the court without any guarantee that the action would be prosecuted. [para. 541]

He reviewed the history of the litigation in detail: para. 494. He found that while the action had moved slowly, there had never been any doubt about the plaintiffs' intention to seek leave and that a "great deal of time, effort and resources ha[d] been expended to develop a substantial record": para. 495. He noted that the plaintiffs had faced some challenges along the way and that "[t]heir

2009. Il avait présidé l'audience de huit jours qui a débouché sur sa décision. Le dossier porté à sa connaissance était volumineux. Il se composait de quelque 25 affidavits, extraits de milliers de documents, 29 jours de contre-interrogatoire et dépositions de 18 témoins. Le juge des motions a démontré dans ses motifs de décision qu'il avait une connaissance encyclopédique de cette preuve. Il se trouvait donc dans une situation idéale pour évaluer et soupeser l'ensemble des multiples considérations se rapportant au point de savoir si le tribunal doit exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur des demandeurs. J'estime qu'il faut faire preuve de déférence en appel à l'égard de son analyse de ces considérations et du poids à leur attribuer.

[135] Le juge des motions a donné cinq raisons pour lesquelles il était d'avis d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour accorder l'autorisation *nunc pro tunc* en faveur des demandeurs. Je ne relève aucune erreur dans les principes qu'il a appliqués, les facteurs qu'il a jugé pertinents ou son appréciation de la preuve. Bref, je ne vois aucune raison de modifier sa conclusion qu'il y a lieu en l'espèce d'exercer le pouvoir discrétionnaire *nunc pro tunc* en faveur des demandeurs.

[136] Le juge des motions a d'abord conclu que les demandeurs avaient poursuivi leur action avec diligence :

[TRADUCTION] Tout d'abord, contrairement à la situation qui prévalait dans *Timminco Ltd.*, les demandeurs ont poursuivi avec diligence la motion en autorisation en leur propre nom et au nom du groupe. Nous ne sommes pas en présence d'un cas où la suspension du délai de prescription n'aurait donné aux parties, aux membres du groupe et au tribunal aucune garantie que l'action suivrait son cours. [par. 541]

Il a étudié en détail l'historique du litige : par. 494. Selon lui, bien que l'action ait avancé lentement, l'intention des demandeurs de solliciter l'autorisation n'a jamais fait de doute et [TRADUCTION] « beaucoup de temps, d'efforts et de ressources avaient été consacrés au montage d'un dossier substantiel » : par. 495. Il a souligné que les demandeurs avaient connu certaines difficultés en cours

conduct [could not] be described as dilatory”: para. 495. He observed that the action had been under case management from the outset. I see no basis on which we could reach a different assessment of the plaintiffs’ diligence than did the motion judge who had been immersed for several years in this file.

[137] The motion judge then noted that the limitation issue came as a surprise to the bar when the *Timminco* decision was released in February 2012:

Second, *Timminco Ltd.* was a case of first impression. It is fair to say that it came as a surprise to the bar. There are other decisions of this court, specifically those of Perell J. in *Timminco Ltd.*, of Rady J. in *Nor-Dor Developments Ltd.* and of van Rensburg J. in *Silver v. Imax Corp.*, that suggested that the course of action proposed by the plaintiffs was appropriate. [para. 542]

[138] The motion judge elaborated on this point by noting that, until the *Timminco* decision, the limitation period issue had not been the subject of discussion between the parties or counsel: “There is nothing in the communications between counsel, leading up to the certification and leave motions, to suggest that either party had considered the possibility that the limitation period . . . might expire if the certification and leave hearing did not occur and leave was not granted before December 6, 2010” (para. 497). He observed that *Timminco* was released on the second to last day of the original hearing of the motion (i.e. February 16, 2012) and that counsel for the individual *defendants* described it at the time as a “thunderbolt”: para. 475. It was only then that counsel requested an opportunity to make further submissions on the issue of whether this action was time-barred and additional factums and authorities were delivered and further argument heard in April 2012: para. 476.

[139] The plaintiffs reasonably thought that they could be granted leave after the expiry of the

de route et que « [l]eur conduite [ne pouvait] être qualifiée de dilatoire » : par. 495. Il a ajouté que l’instance avait été gérée par un juge depuis le début. Je ne vois pas pourquoi nous pourrions tirer un autre constat sur la diligence des demandeurs que celui du juge des motions, qui a étudié à fond ce dossier pendant des années.

[137] Le juge des motions a alors fait remarquer que la question du délai de prescription avait pris le barreau par surprise lorsque l’arrêt *Timminco* a été rendu, en février 2012 :

[TRADUCTION] Deuxièmement, *Timminco Ltd.* constituait une première. Il est juste de dire que cet arrêt a pris de court le barreau. D’autres décisions de notre cour, tout particulièrement celles du juge Perell dans *Timminco Ltd.*, du juge Rady dans *Nor-Dor Developments Ltd.* et de la juge van Rensburg dans *Silver c. Imax Corp.*, donnaient à penser que la démarche proposée par les demandeurs était appropriée. [par. 542]

[138] Le juge des motions a fourni des précisions sur ce point en soulignant que, jusqu’à l’arrêt *Timminco*, les parties ou les avocats n’avaient pas débattu de la question du délai de prescription : [TRADUCTION] « Les communications échangées entre les avocats avant la motion en certification du recours collectif et celle en autorisation ne portent aucunement à croire que l’une ou l’autre des parties n’avait envisagé la possibilité que le délai de prescription [. . .] expire si l’audience sur la certification et l’autorisation n’avait pas eu lieu et si l’autorisation n’avait pas été accordée avant le 6 décembre 2010 » (par. 497). Il a fait observer que *Timminco* avait été rendu l’avant-dernier jour de l’audition initiale de la motion (soit le 16 février 2012) et que les avocats des *défendeurs* individuels l’avaient décrit à l’époque comme un « coup de tonnerre » : par. 475. Ce n’est qu’à ce moment-là que les avocats des *défendeurs* ont demandé la permission de présenter d’autres observations sur la question de savoir si l’action en cause était prescrite, et des mémoires et sources supplémentaires ont été déposés et d’autres plaidoiries ont été entendues en avril 2012 : par. 476.

[139] Les demandeurs croyaient raisonnablement qu’ils pourraient obtenir l’autorisation après

limitation period. The defendants did not suggest otherwise until after *Timminco* was released. The “thunderbolt” remark suggests that the defendants were as surprised by the ruling — and the possibility that the claim was irremediably statute-barred — as everyone else. The point is not whether, with the benefit of hindsight, we think that these views were wrong. Neither is the point that the plaintiffs’ decision to seek leave *nunc pro tunc* was an intentional strategic choice. The point, in my view, is that this strategic choice had a reasonable basis at the time it was made. No one apparently had ever thought otherwise. The motion judge concluded that this was a factor favouring exercising his discretion in favour of the plaintiffs. I see no reason to differ from that conclusion.

[140] The motion judge next turned to the fact that exercising his discretion would not undermine the purposes of limitation periods:

Third, extending the limitation period in this particular case would not do violence to the purposes of limitation periods, including the need of parties to order their affairs after reasonable periods of repose and to avoid evidence becoming stale or lost. The defendants have known of the action from an early stage and have mounted a full evidentiary response. The limitation period could have been extended without unfairness to the defendant and without impairing public confidence in the administration of justice. [para. 543]

[141] This is a proper consideration and I see no error in the motion judge’s reliance on it here. I would put the point more bluntly. Holding that the plaintiffs’ claim is irremediably statute-barred is to defeat that claim by allowing the defendants to take advantage of an after-the-fact “gotcha” — a technical defence, the application of which in this case does not further either the purpose of the limitation defence or reinforce public confidence in the administration of justice.

l’expiration du délai de prescription. Les défendeurs n’ont prétendu le contraire qu’après le prononcé de l’arrêt *Timminco*. L’emploi de l’expression « coup de tonnerre » donne à penser que les défendeurs étaient aussi surpris que les autres par l’arrêt et la possibilité que la réclamation soit irrémédiablement prescrite. Il n’importe pas de savoir si, en rétrospective, nous croyons que ces points de vue étaient erronés. Il n’importe pas non plus de savoir si la décision des demandeurs de solliciter l’autorisation *nunc pro tunc* constituait un choix stratégique délibéré. Ce qui importe, selon moi, c’est que ce choix stratégique avait un fondement raisonnable au moment où il a été fait. Personne n’avait jamais apparemment pensé le contraire. Le juge des motions a conclu que ce facteur favorisait l’exercice de son pouvoir discrétionnaire en faveur des demandeurs. Je ne vois aucune raison de m’écarter de cette conclusion.

[140] Le juge des motions a affirmé ensuite que l’exercice de son pouvoir discrétionnaire ne minerait pas les objectifs des délais de prescription :

[TRADUCTION] Troisièmement, la prorogation du délai de prescription dans l’affaire qui nous occupe ne porterait pas atteinte aux objectifs des délais de prescription, notamment la nécessité pour les parties d’organiser leurs affaires après des périodes raisonnables de répit et d’éviter la désuétude ou la perte d’éléments de preuve. Les défendeurs sont au courant de l’action depuis le début et ont monté un dossier complet de preuve en réplique. Le délai de prescription aurait pu être prorogé sans que les défendeurs en subissent une injustice et sans miner la confiance du public dans l’administration de la justice. [par. 543]

[141] C’est là une considération pertinente et j’estime que le juge des motions n’a commis aucune erreur en s’appuyant sur celle-ci en l’espèce. Je serai plus direct. Juger que la réclamation des demandeurs est irrémédiablement prescrite revient à éteindre ce droit d’action en permettant aux défendeurs de tirer profit après coup d’un moyen de défense technique « je vous ai eu », dont l’application en l’espèce ne favorise pas l’atteinte de l’objectif du moyen de défense fondé sur la prescription, ni ne renforce la confiance du public dans l’administration de la justice.

[142] The motion judge next considered the duty to protect unrepresented putative class action members:

Fourth, this is a proposed class action and the court has a duty to the unrepresented putative Class Members to ensure that their rights are protected. At least up until the decision in *Timminco Ltd.*, it was reasonable for unrepresented Class Members to assume that their rights could shelter under the umbrella of this action. Their rights will now be lost as a result of the expiry of the limitation period. [para. 544]

[143] I see no basis to object to the motion judge's reasoning on this point.

[144] The final basis for exercising discretion in the plaintiffs' favour was that their claim has a reasonable prospect of success:

Finally, I have found that the plaintiffs' statutory claim has a reasonable possibility of success. In the next section of these reasons, I will set out my conclusion that the statutory claim would be suitable for certification under the *C.P.A.* As a result of the expiry of the limitation period, this class action, which has a reasonable possibility of success, will not be resolved on its merits, an unfortunate conclusion, under the circumstances. [para. 545]

[145] There is no basis to interfere with the motion judge's assessment of the potential merit of the plaintiffs' claim or with his conclusion that this factor supported exercising discretion in their favour. I note that my colleague Côté J. does not take issue with the motion judge's conclusion that this action had a reasonable prospect of success.

[146] To conclude, the motion judge identified relevant considerations, weighed them carefully and decided that if he had jurisdiction to do so, he would exercise his discretion in the plaintiffs' favour. I see nothing wrong with his analysis, let alone anything that justifies second-guessing his conclusion on appeal.

[142] Le juge des motions est ensuite passé à l'obligation de protéger les demandeurs non représentés du recours collectif projeté :

[TRADUCTION] Quatrièmement, il s'agit d'un recours collectif projeté et le tribunal est tenu envers les membres non représentés du groupe proposé de veiller à la protection de leurs droits. Il était raisonnable pour ces personnes, du moins jusqu'à l'arrêt *Timminco Ltd.*, de présumer que leurs droits pourraient être protégés par ce recours. Ils perdront désormais ces droits du fait de l'expiration du délai de prescription. [par. 544]

[143] Je ne vois aucune raison de m'opposer au raisonnement du juge des motions sur ce point.

[144] Le dernier motif pour lequel il convenait d'exercer le pouvoir discrétionnaire en faveur des demandeurs était que leur réclamation a une possibilité raisonnable d'être accueillie :

[TRADUCTION] Enfin, j'ai conclu que la réclamation présentée par les demandeurs en vertu de la loi a une possibilité raisonnable d'être accueillie. Dans la prochaine section des présents motifs, j'exposerai ma conclusion que cette réclamation se prêterait à la certification au titre de la *LRC*. Vu l'expiration du délai de prescription, le recours collectif en question, qui a une possibilité raisonnable d'être accueilli, ne sera pas tranché sur le fond, un dénouement malheureux dans les circonstances. [par. 545]

[145] Il n'y a aucune raison de modifier l'évaluation qu'a faite le juge des motions du bien-fondé éventuel de la réclamation des demandeurs, ou sa conclusion que ce facteur étayait l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en leur faveur. Je signale que ma collègue la juge Côté ne s'inscrit pas en faux contre la conclusion du juge des motions selon laquelle l'action en cause avait une possibilité raisonnable d'être accueillie.

[146] Pour terminer, le juge des motions a relevé des considérations pertinentes, les a soupesées avec soin et a décidé que, s'il était compétent pour le faire, il aurait exercé son pouvoir discrétionnaire en faveur des demandeurs. Je ne relève aucune lacune dans son analyse, encore moins une erreur qui justifie une remise en question de sa conclusion en appel.

[147] Other issues were raised in the *CIBC* appeals. With respect to the threshold for leave under s. 138.8 of the *OSA*, I agree with my colleague Côté J.'s conclusion as to the applicable threshold and with my colleague Karakatsanis J. that the *CIBC* plaintiffs met it. I also agree with Côté J.'s analysis and disposition of the certification of common issues.

[148] In *CIBC*, therefore, I would apply the *nunc pro tunc* doctrine to grant leave to commence the statutory action, and dismiss the appeals.

III. *IMAX*

[149] Like my colleague Côté J., I agree that the motion judge in this matter, van Rensburg J. (as she then was), was correct to exercise her *nunc pro tunc* discretion. I part company with my colleague, however, in overturning the motion judge's decision to exercise her curative discretion in relation to the defendants whom she permitted to be added to the amended statement of claim.

[150] Like my colleague, I do not think that this case is an appropriate one to finally decide whether the limitation defence in relation to the claims against additional defendants is beyond the reach of the court's discretion by virtue of s. 21(1) of the *Limitations Act, 2002*, S.O. 2002, c. 24, Sch. B. The point is an important one in Ontario law, the Ontario jurisprudence is not settled and we received no argument on it in this appeal, and only brief submissions in the appeal in *Celestica*.

[151] Section 21(1) of the *Limitations Act, 2002* prevents the addition of a party where a limitation period has expired with respect to the claim against that party. However, s. 20 provides that the *Limitations Act, 2002* (and therefore s. 21(1)) "does not

[147] D'autres questions ont été soulevées dans les pourvois du dossier *CIBC*. Pour ce qui est du critère préliminaire servant à déterminer s'il y a lieu d'accorder l'autorisation visée à l'art. 138.8 de la *LVM*, je fais mienne la conclusion de ma collègue la juge Côté relative au critère préliminaire applicable et je suis d'accord avec ma collègue la juge Karakatsanis que les demandeurs dans *CIBC* ont satisfait à ce critère. Je souscris également à l'analyse et à la décision de la juge Côté en ce qui concerne la certification des questions communes.

[148] Par conséquent, dans *CIBC*, je suis d'avis d'appliquer la doctrine *nunc pro tunc* pour accorder l'autorisation d'intenter l'action conférée par la loi, et de rejeter les pourvois.

III. *IMAX*

[149] À l'instar de ma collègue la juge Côté, j'estime que la juge des motions dans cette affaire, la juge van Rensburg (maintenant juge à la Cour d'appel), avait eu raison d'exercer son pouvoir discrétionnaire *nunc pro tunc*. Je diverge toutefois d'opinion avec ma collègue en infirmant la décision de la juge des motions d'exercer son pouvoir discrétionnaire réparateur à l'endroit des défendeurs dont elle a autorisé l'ajout à la déclaration modifiée.

[150] Tout comme ma collègue, je ne crois pas qu'il y a lieu en l'espèce de décider de façon définitive si le moyen de défense fondé sur la prescription des poursuites engagées contre d'autres défendeurs outrepassé le pouvoir discrétionnaire du tribunal suivant le par. 21(1) de la *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, L.O. 2002, c. 24, ann. B. Il s'agit d'un enjeu important en droit ontarien. Or, la jurisprudence de cette province en la matière n'est pas établie et nous n'avons reçu aucun argument à ce sujet en l'espèce. Seules de brèves observations ont été présentées dans l'affaire *Celestica*.

[151] Le paragraphe 21(1) de la *Loi de 2002 sur la prescription des actions* empêche de joindre une partie en cas d'expiration du délai de prescription applicable à une réclamation contre cette partie. Par contre, l'art. 20 dispose que cette loi (et, du même

affect the extension, suspension or other variation of a limitation period or other time limit by or under another Act”. The relevant limitation period here, of course, is found not in the *Limitations Act, 2002* but in the *OSA*. The limitation period is therefore “under another Act”. The question that arises is whether the discretion which the motion judge exercised to make an amendment to add parties after expiry of a limitation period is an “extension, suspension or other variation of a limitation period . . . by or under another Act” and therefore not ousted by s. 21(1).

[152] The Ontario jurisprudence is not settled on this question. In *Joseph v. Paramount Canada’s Wonderland*, 2008 ONCA 469, 90 O.R. (3d) 401, the issue was whether the amendment powers under the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, could be used so as to extend a limitation period under the *Limitations Act, 2002*. The court’s conclusion in the negative does not precisely resolve the question in this case. Moreover, the Ontario Court of Appeal has held that the doctrine of special circumstances continues to be available with respect to limitation periods other than those set out in the *Limitations Act, 2002*: see, e.g., *Bikur Cholim Jewish Volunteer Services v. Langston*, 2009 ONCA 196, 94 O.R. (3d) 401. In the Ontario Superior Court of Justice, there are conflicting decisions in relation to the impact of ss. 20 and 21 on the court’s inherent jurisdiction: see, e.g., the three motion judges’ decision in the present appeals and *Dugal v. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1764. Recent commentary takes the view that the discretionary jurisdiction may apply to other limitation periods contained in different legislation, such as the *OSA* in this case: C. Porretta and R. Punjani, “The Clock Strikes: A Review of the Limitations Act, 2002, A Decade Later” (2015), 44 *Adv. Q.* 346, at p. 375.

coup, le par. 21(1)) « n’a pas pour effet de porter atteinte à la prorogation, à la suspension ou à une autre modification d’un délai de prescription ou autre prévue sous le régime d’une autre loi ». Naturellement, le délai de prescription applicable en l’espèce figure non pas dans la *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, mais dans la *LVM*. Le délai de prescription est donc prévu « sous le régime d’une autre loi ». Cela soulève la question de savoir si le pouvoir discrétionnaire qu’a exercé la juge des motions pour modifier la déclaration par adjonction de parties après l’expiration d’un délai de prescription constitue « [une] prorogation, [une] suspension ou [. . .] une autre modification d’un délai de prescription [. . .] prévue sous le régime d’une autre loi » et n’est donc pas écarté par le par. 21(1).

[152] La jurisprudence ontarienne n’est pas établie sur ce point. Dans *Joseph c. Paramount Canada’s Wonderland*, 2008 ONCA 469, 90 O.R. (3d) 401, il s’agissait de savoir si l’on pouvait recourir aux pouvoirs de modification établis par les *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, pour proroger un délai de prescription fixé dans la *Loi de 2002 sur la prescription des actions*. La conclusion négative de la Cour d’appel ne résout pas précisément la question en litige dans la présente affaire. De plus, la Cour d’appel de l’Ontario a décidé qu’il est toujours possible de se prévaloir de la doctrine des circonstances particulières à l’égard des délais de prescription qui ne sont pas impartis par la *Loi de 2002 sur la prescription des actions* : voir, p. ex., *Bikur Cholim Jewish Volunteer Services c. Langston*, 2009 ONCA 196, 94 O.R. (3d) 401. La Cour supérieure de justice de l’Ontario a rendu des décisions contradictoires au sujet de l’incidence des art. 20 et 21 sur la compétence inhérente de la cour : voir, p. ex., la décision des trois juges des motions dans les présents dossiers ainsi que *Dugal c. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1764. Selon un commentaire récent, le pouvoir discrétionnaire peut s’appliquer aux autres délais de prescription que l’on trouve dans différentes lois telle la *LVM* en l’espèce : C. Porretta et R. Punjani, « The Clock Strikes : A Review of the Limitations Act, 2002, A Decade Later » (2015), 44 *Adv. Q.* 346, p. 375.

[153] The motion judge reviewed the Ontario jurisprudence and concluded that the Superior Court of Justice continues to have discretion in relation to amendments that have the effect of overcoming the limitation period set out in the *OSA: Silver v. IMAX*, 2012 ONSC 4881, at paras. 67-88 (CanLII). She found that s. 20 of the *Limitations Act, 2002* preserved that jurisdiction: paras. 82-83. The Court of Appeal did not consider this aspect of the case, given its conclusion that the action was not statute-barred: *Green v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2014 ONCA 90, 370 D.L.R. (4th) 402. The appellants in this case did not rely on ss. 20 and 21 of the *Limitations Act, 2002*, although the appellants in the *Celestica* appeal did advance brief argument on this point: A.F., at paras. 76-78.

[154] In my view, the wiser course for us in these circumstances is not to address this issue in disposing of the *IMAX* appeal. The issue is an important point of Ontario limitations law on which the Ontario Court of Appeal has not definitively ruled. The point is also far from straightforward, as evidenced by the conflicting views of the motion judges in these cases. We have nothing in the reasons of the Court of Appeal in this case to assist our consideration of the question and the parties to the *IMAX* appeal did not address it. I would therefore dispose of this appeal without deciding this point. To be clear, I am treating this as an issue not before us for decision in this appeal and my reasons should not be understood as implying anything else.

[155] I focus, therefore, on the motion judge's exercise of the discretion, assuming that she had it to exercise. I find nothing to fault and no basis for reaching a different conclusion.

[156] The application to dismiss the statutory claim on the basis of the limitation period was heard more than two years after leave to proceed and certification had been granted. The motion judge noted that the defendants had actual notice of the nature of

[153] La juge des motions a passé en revue la jurisprudence de l'Ontario et conclu que la Cour supérieure de justice conserve son pouvoir discrétionnaire relativement aux modifications qui ont pour effet de contrer le délai de prescription établi dans la *LVM : Silver c. IMAX*, 2012 ONSC 4881, par. 67-88 (CanLII). Elle a conclu que l'art. 20 de la *Loi de 2002 sur la prescription des actions* maintenait ce pouvoir : par. 82-83. La Cour d'appel n'a pas examiné cet aspect de l'affaire, vu sa conclusion que l'action n'était pas prescrite : *Green c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2014 ONCA 90, 370 D.L.R. (4th) 402. Les appelants dans cette affaire n'ont pas invoqué les art. 20 et 21 de la *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, mais les appelants dans *Celestica* ont effectivement présenté un bref argument sur ce point : m.a., par. 76-78.

[154] À mon avis, il est plus sage pour nous dans les circonstances de ne pas nous prononcer sur ce point en tranchant le pourvoi *IMAX*. Il s'agit d'un enjeu important du droit ontarien des prescriptions sur lequel la Cour d'appel de l'Ontario n'a pas statué de manière définitive. L'enjeu est également loin d'être simple, comme en font foi les points de vue opposés des juges des motions dans les présentes affaires. Les motifs de la Cour d'appel en l'espèce ne nous aident aucunement à analyser la question et les parties au pourvoi *IMAX* ne l'ont pas abordée. Par conséquent, je suis d'avis de statuer sur ce pourvoi sans trancher ce point. Par souci de clarté, il ne s'agit pas, selon moi, d'une question qui nous a été soumise pour décision en l'espèce et on ne doit pas considérer que mes motifs laissent sous-entendre quoi que ce soit d'autre.

[155] Je m'attache donc à l'exercice, par la juge des motions, du pouvoir discrétionnaire, à supposer qu'elle en disposait. Je n'ai rien à lui reprocher et aucune raison de parvenir à une autre conclusion.

[156] La demande visant à faire rejeter le recours conféré par la loi sur le fondement du délai de prescription a été entendue plus de deux ans après que le tribunal eut accordé l'autorisation de procéder et certifié le recours collectif. La juge des motions a

all of the claims against them well within the limitation period. She observed that, in fact, this actual notice “far exceeded the detail of what would have been pleaded in a statement of claim” by virtue of the requirement that the plaintiffs file affidavits in support of their leave motion: para. 89. The motion judge also found that the motion for leave was brought promptly and pursued vigorously without inappropriate delay.

[157] The motion judge also dismissed the defendants’ argument that time continued to run until the plaintiffs actually filed their amended statement of claim, a step which did not occur until some two and one-half years after the expiry of the limitation period. Giving effect to this argument, she found, would be “arbitrary and unfair”: para. 95. In her view, the plaintiffs had “moved promptly to make the amendments as soon as they reasonably could have done so”: para. 95. She explained:

The defendants sought to appeal the leave decision, such that it was only on February 14, 2011, with the release of the decision refusing leave to appeal, that the order granting leave under s. 138.8 became final. Any attempt to amend the Statement of Claim in the interim would have been premature. Considering the issues, and the attempt to obtain the defendants’ approval to the amendments, many of which were in relation to aspects of the claim other than the pleading of the statutory cause of action, the plaintiffs moved promptly to make the amendments as soon as they reasonably could have done so. [Emphasis added; para. 95.]

[158] The motion judge was intimately familiar with the progress of this file with which she had been dealing over several years. I see no basis on which to interfere with her assessment of the equities of the situation or of the plaintiffs’ diligence. In particular, there is nothing that permits us to second-guess on appeal her conclusion that the plaintiffs moved promptly to make the amendments to their statement of claim as soon as they reasonably could have done so.

fait remarquer que les défendeurs avaient bel et bien été avisés de la nature de toutes les réclamations contre eux bien avant la fin du délai de prescription. Elle a ajouté qu’en fait, cet avis [TRADUCTION] « dépassait de loin le détail de ce qui aurait été plaidé dans une déclaration » par suite de l’obligation pour les demandeurs de déposer des affidavits à l’appui de leur motion en autorisation : par. 89. La juge a également conclu que cette motion avait été présentée rapidement et poursuivie avec vigueur sans retard indu.

[157] La juge des motions a aussi rejeté l’argument des défendeurs selon lequel le délai continuait de courir jusqu’à ce que les demandeurs aient effectivement déposé leur déclaration modifiée, ce qu’ils n’ont fait que quelque deux ans et demi après l’expiration du délai de prescription. Il serait, selon elle, [TRADUCTION] « arbitraire et injuste » de retenir cet argument : par. 95. À son avis, les demandeurs ont « agi rapidement en vue d’apporter les modifications le plus tôt possible » : par. 95. Voici ses explications :

[TRADUCTION] Les défendeurs ont demandé à interjeter appel de la décision d’accorder l’autorisation, si bien que ce n’est que le 14 février 2011, date où la Cour d’appel a refusé l’autorisation d’appel, que l’ordonnance accordant l’autorisation visée à l’art. 138.8 est devenue définitive. Il aurait été prématuré de tenter de modifier entre-temps la déclaration. Vu les questions et la tentative de faire approuver par les défendeurs les modifications, dont beaucoup touchaient d’autres aspects de la réclamation que la plaidoirie de la cause d’action légale, les demandeurs ont agi rapidement en vue d’apporter les modifications le plus tôt possible. [Je souligne; par. 95.]

[158] La juge des motions connaissait fort bien l’évolution de ce dossier dont elle s’est occupée pendant des années. À mon avis, il n’existe aucune raison de modifier son évaluation du caractère équitable de la situation ou de la diligence des demandeurs. Plus particulièrement, rien ne nous permet de remettre en question en appel sa conclusion que les demandeurs ont agi promptement en vue de modifier leur déclaration le plus tôt possible.

IV. Disposition

[159] I would dismiss the appeals in *CIBC* and *IMAX*. I agree with Karakatsanis J.'s disposition as to costs.

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

[160] KARAKATSANIS J. — These appeals concern class proceedings asserting both the statutory cause of action for secondary market misrepresentations and the common law tort of negligent misrepresentation. The question here is whether s. 28 of the *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6 (*CPA*), can suspend the limitation period for the statutory cause of action found in Part XXIII.1 of the Ontario *Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5 (*OSA*), where leave has not yet been granted under that Part. My colleague Côté J. concludes that it cannot. I disagree, and would hold that it can.

[161] As long as the class proceeding is properly commenced, s. 28 of the *CPA* will suspend the limitation periods applicable to all of the causes of action asserted (that is, fully pleaded) within the proceeding. As leave under s. 138.8 of the *OSA* is not a constituent element of the statutory cause of action set out in s. 138.3, the “assertion” of that cause of action does not require the prior obtaining of leave. Thus, I conclude that s. 28 of the *CPA* will suspend the limitation period in s. 138.14 of the *OSA* once the representative plaintiff properly commences a class proceeding for a common law cause of action and pleads the statutory cause of action and its constituent elements in the statement of claim.

[162] Neither the text nor the purpose of s. 28 supports my colleague Côté J.'s conclusion that this provision will not suspend the class members' limitation period until the representative plaintiff obtains leave

IV. Dispositif

[159] Je suis d'avis de rejeter les pourvois dans *CIBC* et *IMAX*. Je souscris à la décision de la juge Karakatsanis sur les dépens.

Version française des motifs des juges Moldaver, Karakatsanis et Gascon rendus par

[160] LA JUGE KARAKATSANIS — Les présents pourvois portent sur des recours collectifs dans lesquels sont invoqués à la fois la cause d'action légale pour présentation inexacte des faits sur le marché secondaire et le délit de déclaration inexacte faite par négligence en common law. La question en l'espèce est de savoir si l'art. 28 de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, c. 6 (*LRC*), peut suspendre le délai de prescription applicable à la cause d'action qui figure à la partie XXIII.1 de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario, L.R.O. 1990, c. S.5 (*LVM*), lorsque l'autorisation n'a pas encore été accordée en application de cette partie. Ma collègue la juge Côté conclut que l'art. 28 ne peut suspendre le délai en question. Je ne partage pas son point de vue et je suis d'avis de conclure qu'il le peut.

[161] Tant que le recours collectif est valablement introduit, l'art. 28 de la *LRC* suspend les délais de prescription qui s'appliquent à toutes les causes d'action invoquées (c'est-à-dire plaidées à fond) dans l'instance. Puisque l'autorisation visée à l'art. 138.8 de la *LVM* n'est pas un élément constitutif de la cause d'action prévue à l'art. 138.3, il n'est pas nécessaire d'obtenir au préalable l'autorisation pour « invoquer » cette cause d'action. J'en conclus que l'art. 28 de la *LRC* suspend le délai de prescription fixé à l'art. 138.14 de la *LVM* dès que le représentant des demandeurs introduit valablement un recours collectif fondé sur une cause d'action en common law et plaide la cause d'action légale et ses éléments constitutifs dans la déclaration.

[162] Ni le libellé ni l'objet de l'art. 28 n'appuient la conclusion de ma collègue la juge Côté selon laquelle cette disposition ne suspend pas les délais de prescription applicables aux membres du

under s. 138.8 of the *OSA*. Such an interpretation is not consistent with the purposes of the *CPA* as a whole, nor is it harmonious with the purposes or text of Part XXIII.1 of the *OSA*, a statutory framework intended to operate effectively with the class proceeding vehicle. Concretely, excluding the statutory cause of action from s. 28 protection until leave has been granted removes compliance with the limitation period from the plaintiff's control. It would also necessarily oblige potential class members to file a multitude of individual motions for leave to commence the statutory claim, thus unnecessarily adding procedural steps and increasing costs and delays for all parties involved. Such an obligation is not required by the text of s. 28, nor by the context or purposes of the *CPA*. Such a result serves neither judicial economy nor access to justice. Rather, it undermines the harmonious operation of class proceedings in the securities context.

[163] In my view, the five-member panel of the Court of Appeal in this case (the *Green* panel) was correct to overturn that court's earlier interpretation of the application of s. 28 of the *CPA* to the s. 138.14 limitation period. For the reasons below, I would dismiss the appeals.

I. Facts and Judicial History

[164] The appeals in these three cases stem from motions in class proceedings brought before different judges of the Ontario Superior Court of Justice: *Green v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2012 ONSC 3637, 29 C.P.C. (7th) 225 (*CIBC*), per Strathy J.; *Silver v. IMAX*, 2012 ONSC 4881 (*IMAX*), per van Rensburg J.; *Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund (Trustees of) v. Celestica Inc.*, 2012 ONSC 6083, 113 O.R. (3d) 264 (*Celestica*), per Perell J. In each case, the plaintiffs claimed damages under the common law tort of

groupe jusqu'à ce que le représentant des demandeurs obtienne l'autorisation visée à l'art. 138.8 de la *LVM*. Une telle interprétation n'est pas compatible avec les objets de la *LRC* dans son ensemble, et elle ne s'harmonise pas non plus avec les objets ou le texte de la partie XXIII.1 de la *LVM*, un cadre législatif qui est censé coexister efficacement avec le mécanisme du recours collectif. Concrètement, exclure la cause d'action légale de la protection offerte par l'art. 28 jusqu'à ce que l'autorisation soit accordée fait en sorte que le respect du délai de prescription échappe à la volonté du demandeur. En outre, cela obligerait nécessairement les membres éventuels du groupe à déposer une multitude de motions individuelles en autorisation d'intenter l'action prévue par la loi, imposant ainsi inutilement à toutes les parties en cause des formalités procédurales supplémentaires, des coûts plus élevés et des délais plus longs. Pareille obligation n'est imposée ni par le libellé de l'art. 28 ni par le contexte ou les objets de la *LRC*. Un tel résultat ne favorise ni l'économie des ressources judiciaires ni l'accès à la justice. Il nuit plutôt au fonctionnement harmonieux des recours collectifs dans le contexte des valeurs mobilières.

[163] À mon avis, la formation de cinq juges de la Cour d'appel saisie de la présente affaire — *Green* — a eu raison d'infirmier l'interprétation que cette cour avait donnée précédemment à l'application de l'art. 28 de la *LRC* au délai fixé par l'art. 138.14. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter les pourvois.

I. Faits et historique judiciaire

[164] Les pourvois dans les trois présentes affaires découlent tous de motions en certification de recours collectifs présentées devant des juges différents de la Cour supérieure de justice de l'Ontario : *Green c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2012 ONSC 3637, 29 C.P.C. (7th) 225 (*CIBC*), le juge Strathy; *Silver c. IMAX*, 2012 ONSC 4881 (*IMAX*), la juge van Rensburg; *Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund (Trustees of) c. Celestica Inc.*, 2012 ONSC 6083, 113 O.R. (3d) 264 (*Celestica*), le juge Perell. Dans

negligent misrepresentation and under the statutory cause of action in Part XXIII.1 of the *OSA* for alleged misrepresentations in respect of shares trading in the secondary market. None of the plaintiffs obtained leave to commence the statutory claim before commencing the class proceeding. In all of the cases, the limitation period, if not suspended, would have run out prior to leave being obtained: *Green v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2014 ONCA 90, 370 D.L.R. (4th) 402 (*Green ONCA*), at para. 2.

[165] During the course of these class proceedings, the Ontario Court of Appeal released its decision in another matter, *Sharma v. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569, in which it interpreted the application of s. 28 of the *CPA* to the limitation period in s. 138.14 of the *OSA* for the first time. The panel (per Goudge J.A.) held that s. 28 did not suspend the s. 138.14 limitation period until leave was obtained: para. 20. Prior to this decision, the parties in the present appeals assumed that s. 28 suspended the limitation period whether or not leave had been granted. As Strathy J. noted, “Counsel for the individual defendants aptly described [*Timminco*], at that time, as a ‘thunderbolt’”: *CIBC*, at para. 475.

[166] The motion judges presiding over the present cases found that the panel’s interpretation of s. 28 in *Timminco* governed the claims. Van Rensburg J. and Perell J. applied the common law doctrines of *nunc pro tunc* and special circumstances to save the *IMAX* and *Celestica* claims from being statute-barred. Strathy J. found that those doctrines were inapplicable, and that the statutory claim in *CIBC* could not be saved.

[167] On appeal, all three cases were heard together by a five-member panel of the Ontario

chacune des causes, les demandeurs réclamaient des dommages-intérêts fondés sur le délit de déclaration inexacte faite par négligence en common law et la cause d’action prévue à la partie XXIII.1 de la *LVM*, c’est-à-dire la présentation inexacte de faits à l’égard du commerce d’actions sur le marché secondaire. Aucun des demandeurs n’a obtenu l’autorisation d’intenter l’action prévue par la loi avant d’introduire le recours collectif. Dans tous les dossiers, le délai de prescription, s’il n’était pas suspendu, aurait expiré avant que les demandeurs n’obtiennent l’autorisation : *Green c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2014 ONCA 90, 370 D.L.R. (4th) 402 (*Green, C.A. Ont.*), par. 2.

[165] Pendant que ces recours collectifs étaient en instance, la Cour d’appel de l’Ontario a rendu sa décision dans une autre affaire, *Sharma c. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569, où elle a interprété pour la première fois l’application de l’art. 28 de la *LRC* au délai de prescription prévu à l’art. 138.14 de la *LVM*. La formation (sous la plume du juge Goudge) a statué que l’art. 28 ne suspendait pas ce délai de prescription jusqu’à ce que l’autorisation soit obtenue : par. 20. Avant cette décision, les parties aux présents pourvois tenaient pour acquis que l’art. 28 suspendait le délai de prescription, que l’autorisation ait été accordée ou non. Comme l’a signalé le juge Strathy, [TRADUCTION] « [I]es procureurs des défendeurs ont qualifié à juste titre [l’arrêt *Timminco*] à cette époque de “coup de tonnerre” » : *CIBC*, par. 475.

[166] Les juges des motions qui instruisaient les présentes affaires ont conclu que les réclamations devaient être tranchées suivant l’interprétation donnée à l’art. 28 par la formation dans *Timminco*. Les juges van Rensburg et Perell ont appliqué les doctrines de *nunc pro tunc* et des circonstances particulières, reconnues en common law, pour empêcher la prescription des réclamations dans les dossiers *IMAX* et *Celestica*. Le juge Strathy a conclu que ces doctrines ne s’appliquaient pas et que l’action intentée en vertu de la loi dans le dossier *CIBC* ne pouvait être sauvegardée.

[167] En appel, les trois affaires ont été instruites ensemble par une formation de cinq juges

Court of Appeal: *Green ONCA*, at para. 5. The panel overturned *Timminco*, holding that s. 28 of the *CPA* suspends the limitation period for all class members once the statutory cause of action is asserted in a class proceeding by a representative plaintiff, even if leave has not yet been granted, as long as the facts that found the action and the intent to seek leave to commence the action have been pleaded: *Green ONCA*, at paras. 6 and 78.

[168] Following these decisions, the Ontario legislature amended Part XXIII.1 of the *OSA* so that the limitation period is suspended on the filing of a motion for leave under s. 138.8 (s. 138.14(2), am. S.O. 2014, c. 7, Sch. 28, s. 15). Despite this amendment, the question at issue in these appeals requires determination for the parties before us and for other class proceedings brought prior to the amendment of the *OSA*.

II. Analysis

A. *The Issues*

[169] Section 28 of the *CPA* is engaged upon the “commencement of the class proceeding” and operates to suspend “any limitation period applicable to a cause of action asserted” in the class proceeding. Part XXIII.1 of the *OSA* provides, first, that an action under that Part cannot be commenced “without leave of the court granted upon motion with notice”: s. 138.8(1). Second, it provides that “[n]o action shall be commenced” after the expiration of the applicable limitation period: s. 138.14.

[170] The combined operation of these provisions in the context of these class proceedings raises the following questions in relation to s. 28 of the *CPA*:

1. Is leave required in order for the plaintiff to “assert” the Part XXIII.1 statutory cause of action?

de la Cour d’appel de l’Ontario : *Green, C.A. Ont.*, par. 5. La formation a infirmé l’arrêt *Timminco*, jugeant que l’art. 28 de la *LRC* suspend le délai de prescription applicable à tous les membres du groupe dès qu’un représentant des demandeurs invoque la cause d’action légale dans un recours collectif, et ce, même si l’autorisation n’a pas encore été accordée, pourvu que les faits à l’origine de l’action et l’intention de demander l’autorisation d’intenter l’action aient été plaidés : *Green, C.A. Ont.*, par. 6 et 78.

[168] À la suite de ces décisions, le législateur ontarien a modifié la partie XXIII.1 de la *LVM* pour faire en sorte que le délai de prescription soit suspendu au moment du dépôt d’une motion en autorisation au titre de l’art. 138.8 (par. 138.14(2), mod. L.O. 2014, c. 7, ann. 28, art. 15). Malgré cette modification, il faut trancher la question en litige dans les présents pourvois pour les parties qui comparaissent devant nous et pour les besoins des autres recours collectifs intentés avant la modification de la *LVM*.

II. Analyse

A. *Les questions en litige*

[169] L’article 28 de la *LRC* entre en jeu à l’« introduction du recours collectif » et a pour effet de suspendre « tout délai de prescription applicable à une cause d’action d’action invoquée » dans le recours collectif. La partie XXIII.1 de la *LVM* prévoit, en premier lieu, qu’une action visée par cette partie ne peut être intentée « qu’avec l’autorisation du tribunal, accordée sur motion avec préavis » : par. 138.8(1). En deuxième lieu, elle dispose qu’« [a]ucune action ne doit être intentée » après l’expiration du délai de prescription applicable : art. 138.14.

[170] L’application conjointe de ces dispositions dans le contexte des recours collectifs en cause soulève les questions suivantes en lien avec l’art. 28 de la *LRC* :

1. L’autorisation est-elle nécessaire pour que le demandeur « invoqu[e] » la cause d’action prévue à la partie XXIII.1?

2. Is leave a pre-condition for the commencement of a class proceeding asserting both the Part XXIII.1 statutory cause of action and the common law tort of negligent misrepresentation?

[171] I agree with the five-member panel of the Ontario Court of Appeal and would therefore answer these questions as follows.

1. The statutory cause of action can be asserted in a class proceeding statement of claim before leave is obtained under the *OSA*.
2. Section 28 of the *CPA* applies once *the class proceeding* is commenced with respect to a *cause of action* asserted. Where the statutory cause of action is asserted in a class proceeding that has been properly commenced with respect to a common law tort, s. 28 will suspend the limitation period for all causes of action.

B. *Section 28 of the CPA*

[172] The *CPA* creates and governs the procedural vehicle of class proceedings. It is a remedial statute designed to improve judicial economy, increase the access of plaintiffs to the court system for claims that would otherwise be too costly, and promote behavioural modification of wrongdoers: *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158, at para. 15; Ontario Law Reform Commission, *Report on Class Actions* (1982) (*OLRC Report*), vol. I, at pp. 117 and 212. Section 28 is an integral part of this scheme:

28. (1) [Limitations] Subject to subsection (2), any limitation period applicable to a cause of action asserted in a class proceeding is suspended in favour of a class member on the commencement of the class proceeding and resumes running against the class member when,

- (a) the member opts out of the class proceeding;

2. L'autorisation est-elle une condition préalable à l'introduction d'un recours collectif dans lequel sont invoqués la cause d'action prévue à la partie XXIII.1 et le délit de déclaration inexacte faite par négligence en common law?

[171] Je suis d'accord avec la formation de cinq juges de la Cour d'appel de l'Ontario et je suis par conséquent d'avis de répondre comme suit à ces questions :

1. La cause d'action légale peut être invoquée dans la déclaration d'un recours collectif avant que l'autorisation ne soit obtenue en application de la *LVM*.
2. L'article 28 de la *LRC* s'applique dès que *le recours collectif* est introduit à l'égard d'une *cause d'action* invoquée. Lorsque la cause d'action prévue par la loi est invoquée dans un recours collectif valablement introduit à l'encontre d'un délit de common law, l'art. 28 a pour effet de suspendre le délai de prescription pour toutes les causes d'action.

B. *L'article 28 de la LRC*

[172] La *LRC* crée et régit le mécanisme procédural qu'est le recours collectif. Il s'agit d'une loi réparatrice conçue pour améliorer l'économie des ressources judiciaires, assurer aux demandeurs un meilleur accès au système judiciaire pour qu'ils puissent présenter des réclamations qui seraient par ailleurs trop coûteuses ainsi que favoriser la modification du comportement des malfaiteurs : *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158, par. 15; Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Class Actions* (1982) (*Rapport de la CRDO*), vol. I, p. 117 et 212. L'article 28 fait partie intégrante de ce régime :

28. (1) [Prescription] Sous réserve du paragraphe (2), tout délai de prescription applicable à une cause d'action invoquée dans un recours collectif est suspendu en faveur d'un membre du groupe à l'introduction du recours collectif et reprend au détriment du membre au moment où, selon le cas :

- a) ce membre se retire du recours collectif;

- | | |
|--|--|
| <p>(b) an amendment that has the effect of excluding the member from the class is made to the certification order;</p> <p>(c) a decertification order is made under section 10;</p> <p>(d) the class proceeding is dismissed without an adjudication on the merits;</p> <p>(e) the class proceeding is abandoned or discontinued with the approval of the court; or</p> <p>(f) the class proceeding is settled with the approval of the court, unless the settlement provides otherwise.</p> | <p>b) est apportée une modification de l'ordonnance certifiant le recours collectif qui a pour effet d'exclure du groupe le membre;</p> <p>c) une ordonnance annulant l'ordonnance certifiant le recours collectif est rendue en vertu de l'article 10;</p> <p>d) le recours collectif est rejeté sans décision sur le fond;</p> <p>e) il y a désistement du recours collectif avec l'approbation du tribunal;</p> <p>f) le recours collectif fait l'objet d'une transaction avec l'approbation du tribunal, à moins que la transaction ne prévoise autre chose.</p> |
|--|--|

[173] The French version of s. 28(1) states that “*tout délai de prescription applicable à une cause d'action invoquée dans un recours collectif est suspendu en faveur d'un membre du groupe à l'introduction du recours collectif*”.

[173] Aux termes de la version anglaise du par. 28(1), « *any limitation period applicable to a cause of action asserted in a class proceeding is suspended in favour of a class member on the commencement of the class proceeding* ».

[174] Section 28 protects potential class members from the expiration of their individual limitation periods during the representative plaintiffs' pursuit of their rights through a class proceeding by suspending the limitation period for all potential class members for any “cause of action asserted in a class proceeding”. In this way, s. 28 promotes two of the purposes guiding the *CPA* — judicial economy and access to justice: *OLRC Report*, vol. III, at p. 779.

[174] L'article 28 protège les membres éventuels du groupe contre l'expiration de leurs délais de prescription respectifs pendant que le représentant des demandeurs défend leurs droits au moyen d'un recours collectif en faisant suspendre le délai de prescription pour tous les membres éventuels du groupe relativement à toute « cause d'action invoquée dans un recours collectif ». L'article 28 favorise ainsi la réalisation de deux objets de la *LRC*, l'économie des ressources judiciaires et l'accès à la justice : *Rapport de la CRDO*, vol. III, p. 779.

[175] Regardless of when the representative plaintiff commences proceedings within the limitation period, the length of the certification process is inherently uncertain: see *OLRC Report*, vol. III, at p. 779. Without s. 28, the commencement of a proceeding by a representative plaintiff would only suspend the limitation period with respect to that plaintiff; the limitation period governing other potential class members would continue to run during the certification proceedings. Thus, potential class members would have to initiate parallel individual proceedings to protect their rights from becoming statute-barred. Neither outcome — the inundation of the courts by parallel individual proceedings or the expiration of plaintiffs' individual rights due to a delayed or failed

[175] Indépendamment du moment où le représentant des demandeurs introduit le recours dans le délai prescrit, la durée du processus de certification est intrinsèquement incertaine : voir *Rapport de la CRDO*, vol. III, p. 779. Sans l'art. 28, l'introduction d'un recours par un représentant des demandeurs n'aurait pour effet de suspendre le délai de prescription que pour ce représentant seulement; le délai de prescription applicable aux autres membres éventuels du groupe continuerait de courir pendant l'instance de certification. Les membres éventuels du groupe seraient donc obligés d'introduire des instances individuelles parallèles pour empêcher la prescription de leurs droits. Ni l'un ni l'autre de ces résultats — la multiplication d'instances individuelles parallèles

certification process — is desirable: *ibid.*, at pp. 779-80.

[176] Section 28 offers protection against both outcomes: *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform* (1990), at p. 47. Section 28 shelters the rights of potential class plaintiffs under the umbrella of the representative plaintiff's action. As long as the representative plaintiff commences a class proceeding within the applicable limitation period, s. 28 will suspend the limitation periods of all potential class members during the certification process.

[177] As the text of s. 28 indicates, the suspension applies to any “cause of action asserted in a class proceeding” — “*une cause d'action invoquée dans un recours collectif*”. In these appeals, this Court must determine whether s. 28 shelters the rights of potential class members with respect to a Part XXIII.1 statutory cause of action that is fully pleaded (that is, asserted), but where leave has not yet been granted.

C. Part XXIII.1 of the OSA

[178] Part XXIII.1 is remedial legislation intended to promote the twin purposes of facilitating and enhancing access to justice for investors and deterring corporate misconduct and negligence. It was introduced to the OSA following a series of “high profile and well publicized incidents of alleged misrepresentations and questionable disclosure” by Canadian public companies: Canadian Securities Administrators, “Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market and Response to the Proposed Change to the Definitions of ‘Material Fact’ and ‘Material Change’”, CSA Notice 53-302, reproduced in (2000), 23 OSCB 7383, at p. 7385. The Toronto Stock Exchange Committee on Corporate Disclosure (the Allen Committee) recommended the inclusion of a statutory civil liability regime in the OSA to remedy two gaps in the OSA enforcement measures: (1) the inability of regulators to effectively enforce compliance with disclosure in the secondary market; and (2) the inadequacy and inaccessibility of

devant les tribunaux ou l'expiration des droits respectifs des demandeurs pour cause de retard ou d'échec du processus de certification — n'est souhaitable : *ibid.*, p. 779-780.

[176] L'article 28 permet d'éviter ces deux résultats : *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform* (1990), p. 47. L'article 28 abrite les droits d'éventuels demandeurs du groupe sous le parapluie de l'action du représentant des demandeurs. Tant que ce dernier introduit un recours collectif dans le délai de prescription applicable, l'art. 28 suspendra les délais de prescription applicables à tous les éventuels membres du groupe durant le processus de certification.

[177] Comme l'indique l'art. 28, la suspension s'applique à toute « cause d'action invoquée dans un recours collectif » (« *cause of action asserted in a class proceeding* »). Dans les présents pourvois, notre Cour doit décider si l'art. 28 abrite les droits d'éventuels membres du groupe à l'égard d'une cause d'action prévue à la partie XXIII.1 qui est plaidée à fond (c'est-à-dire invoquée), mais dans un cas où l'autorisation n'a pas encore été accordée.

C. La partie XXIII.1 de la LVM

[178] La partie XXIII.1 constitue un ensemble de dispositions législatives réparatrices qui vise à favoriser l'atteinte d'un double objet, à savoir faciliter et améliorer l'accès à la justice des investisseurs et dissuader les entreprises de faire preuve d'inconduite et de négligence. Elle a été ajoutée à la LVM après une série de [TRADUCTION] « cas très médiatisés de déclarations inexactes et de pratiques de divulgation douteuses » imputées à des sociétés ouvertes canadiennes : Autorités canadiennes en valeurs mobilières, « Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market and Response to the Proposed Change to the Definitions of “Material Fact” and “Material Change” », avis n° 53-302 des ACVM, reproduit dans (2000), 23 OSCB 7383, p. 7385. Le Committee on Corporate Disclosure de la Bourse de Toronto (le comité Allen) a recommandé l'inclusion d'un régime légal de responsabilité civile dans la LVM pour corriger deux lacunes des mesures visant à faire respecter

existing civil remedies for secondary market misrepresentations (*Final Report — Responsible Corporate Disclosure: A Search for Balance* (1997) (the *Allen Committee Report*), at pp. vi-vii).

[179] In response to this need, Part XXIII.1 seeks to deter misleading disclosure without unduly penalizing innocent market participants or unreasonably increasing the cost of disclosure: CSA Notice 53-302, at p. 7387. To do so, it provides investors who incurred losses as a result of a misrepresentation or lack of timely disclosure on the secondary market with a statutory cause of action: *OSA*, ss. 138.3 and 138.4. This statutory cause of action exists over and above any other causes of action the plaintiff may have: s. 138.13. The scheme balances provisions to facilitate recourse for plaintiff investors, such as deemed reliance on the misrepresentation, with protections for corporate defendants. Two such protections are the restrictive limitation period and the leave requirement.

[180] First, the limitation period is restrictive in that it runs from the occurrence of the misrepresentation, or from a news release advising that leave has been granted to commence an action based on such misrepresentation, rather than from a prospective plaintiff's discovery or awareness of that event:

138.14 [Limitation period] No action shall be commenced under section 138.3,

- (a) in the case of misrepresentation in a document, later than the earlier of,

la *LVM* : (1) l'incapacité des organismes de réglementation d'imposer efficacement le respect des obligations de divulgation sur le marché secondaire; (2) l'insuffisance et l'inaccessibilité des recours civils existants dans les cas de présentation inexacte des faits sur le marché secondaire (*Final Report — Responsible Corporate Disclosure: A Search for Balance* (1997) (le *Rapport du comité Allen*), p. vi-vii).

[179] Compte tenu de ce besoin, la partie XXIII.1 vise à prévenir la divulgation trompeuse sans pénaliser indûment les acteurs du marché qui n'ont rien à se reprocher et sans accroître déraisonnablement le coût de la divulgation : avis n° 53-302 des ACVM, p. 7387. Pour ce faire, elle confère une cause d'action aux investisseurs qui ont subi des pertes en raison d'une déclaration inexacte ou d'un manquement à l'obligation d'information occasionnelle sur le marché secondaire: *LVM*, art. 138.3 et 138.4. Cette cause d'action légale existe en sus de toutes les autres causes d'action dont peut disposer le demandeur : art. 138.13. Le régime établit un équilibre entre les dispositions qui facilitent les recours des investisseurs demandeurs, comme la règle selon laquelle l'investisseur est réputé s'appuyer sur la déclaration inexacte, et les mesures destinées à protéger les sociétés défenderesses. Le délai de prescription rigoureux et la nécessité d'obtenir l'autorisation de poursuivre sont deux mesures de protection de ce genre.

[180] Premièrement, le délai de prescription est rigoureux en ce sens qu'il commence à courir à compter de la présentation inexacte de faits ou de la délivrance d'un communiqué portant qu'a été accordée une autorisation d'intenter une action fondée sur la présentation inexacte, plutôt qu'à compter du moment où le demandeur éventuel découvre le fait ou en a connaissance :

138.14 [Prescription] Aucune action ne doit être intentée en vertu de l'article 138.3 :

- a) dans le cas de la présentation inexacte de faits dans un document, après le premier en date des jours suivants :

- (i) three years after the date on which the document containing the misrepresentation was first released, and
- (ii) six months after the issuance of a news release disclosing that leave has been granted to commence an action under section 138.3 or under comparable legislation in the other provinces or territories in Canada in respect of the same misrepresentation;

Similar limitation periods are prescribed for a misrepresentation in a public oral statement (s. 138.14(b)) and for the failure to make timely disclosure (s. 138.14(c)). This legislative choice protects corporate defendants from untimely claims and forces plaintiffs to act promptly.

[181] Similarly, the leave requirement acts as a screening mechanism, allowing courts to protect corporate defendants from unmeritorious claims:

138.8 (1) [Leave to proceed] No action may be commenced under section 138.3 without leave of the court granted upon motion with notice to each defendant. The court shall grant leave only where it is satisfied that,

- (a) the action is being brought in good faith; and
- (b) there is a reasonable possibility that the action will be resolved at trial in favour of the plaintiff.

D. Relationship Between Section 28 of the CPA and Part XXIII.1 of the OSA

[182] It is not a coincidence that the balancing of interests under Part XXIII.1 of the *OSA* is most evident in the context of a class action — the most effective procedural vehicle for securities liability claims. In recommending an expansion of Ontario’s class action regime, the Ontario Law Reform Commission highlighted the inadequacy of the then-available procedural vehicles to address claims in the securities context:

- (i) trois ans après la date à laquelle le document contenant la présentation inexacte des faits a été publié pour la première fois,
- (ii) six mois après la délivrance d’un communiqué portant qu’a été accordée une autorisation d’intenter une action en vertu de l’article 138.3 ou de dispositions législatives comparables d’autres provinces ou territoires du Canada à l’égard de la même présentation inexacte des faits;

Des délais de prescription semblables sont prévus pour la présentation inexacte de faits dans une déclaration orale publique (al. 138.14b)) et le non-respect des obligations d’information occasionnelle (al. 138.14c)). Ce choix législatif protège les sociétés défenderesses des réclamations tardives et oblige les demandeurs à agir avec célérité.

[181] De même, la nécessité d’obtenir l’autorisation de poursuivre sert de mécanisme de filtrage, ce qui permet aux tribunaux de protéger les sociétés défenderesses des réclamations dénuées de fondement :

138.8 (1) [Autorisation de poursuivre] Une action ne peut être intentée en vertu de l’article 138.3 qu’avec l’autorisation du tribunal, accordée sur motion avec préavis à chaque défendeur, et que si le tribunal est convaincu de ce qui suit :

- a) l’action est intentée de bonne foi;
- b) il est raisonnablement possible que l’action soit réglée au moment du procès en faveur du demandeur.

D. Lien entre l’art. 28 de la LRC et la partie XXIII.1 de la LVM

[182] Ce n’est pas une coïncidence si l’équilibre des intérêts que vise la partie XXIII.1 de la *LVM* ressort le plus clairement du contexte des recours collectifs, le mécanisme procédural le plus efficace pour intenter une action en responsabilité portant sur des valeurs mobilières. En recommandant l’élargissement du régime ontarien des recours collectifs, la Commission de réforme du droit de l’Ontario avait mis en évidence l’insuffisance des mécanismes procéduraux alors disponibles pour traiter les réclamations dans le contexte des valeurs mobilières :

Although losses stemming from wrongdoing in relation to the trading of securities may be large in the aggregate, individual losses may be comparatively small; when the small size of the claim is combined with the cost of litigating complex issues in securities cases, access to the courts to redress wrongdoing may not be economically feasible for the individual investor. Moreover, . . . there is not, at present, an effective means of aggregating claims that arise in the securities context.

(*OLRC Report*, vol. I, at p. 236)

The Allen Committee, tasked more than a decade later with recommending a statutory civil liability scheme in the securities context, concluded that

the combination of class actions with statutory civil liability for a misrepresentation in continuous disclosure, properly designed, would provide the benefits of better disclosure without unduly facilitating meritless litigation.

(*Allen Committee Report*, at para. 4.6)

[183] The effectiveness and preferability of the class proceeding in pursuing Part XXIII.1 statutory claims depends on these balanced protections. By freeing plaintiffs from the obligation to prove their reliance on the misrepresentation, Part XXIII.1 ensures that class proceedings remain effective procedural vehicles for injured securities purchasers. However, by requiring plaintiffs to comply with the leave requirement and imposing a cap on recoverable damages, Part XXIII.1 also protects corporate defendants from meritless large-scale strike suits and extortionate liability in the class action context. This Part was intended to operate harmoniously with the *CPA*. The evidence to date indicates that this interrelationship is key: 26 of the 27 claims that have been the subject of decisions under Part XXIII.1 in Ontario thus far have been brought through the class proceedings vehicle.

[TRADUCTION] Bien que les pertes découlant d'actes répréhensibles en lien avec le commerce de valeurs mobilières puissent être importantes globalement, les pertes individuelles peuvent être relativement faibles; lorsque le faible montant de la réclamation vient s'ajouter au coût occasionné par l'instruction de questions complexes en matière de valeurs mobilières, il n'est peut-être pas économiquement rentable pour l'investisseur individuel de s'adresser aux tribunaux pour obtenir réparation. Qui plus est, [. . .] il n'existe pas à l'heure actuelle de moyen efficace pour regrouper les réclamations qui se présentent dans le contexte des valeurs mobilières.

(*Rapport de la CRDO*, vol. I, p. 236)

Le comité Allen, chargé plus d'une décennie plus tard de recommander un régime légal de responsabilité civile dans le contexte des valeurs mobilières, a conclu que :

[TRADUCTION] . . . un régime bien conçu qui conjuguerait les recours collectifs et la responsabilité civile légale dans les cas de déclaration inexacte de l'information continue offrirait les avantages d'une information de meilleure qualité sans favoriser indûment les actions dénuées de fondement.

(*Rapport du comité Allen*, par. 4.6)

[183] L'efficacité du recours collectif pour exercer des poursuites fondées sur la partie XXIII.1 et le fait qu'il s'agit du meilleur moyen de les engager dépendent de ces protections équilibrées. En déchargeant les demandeurs de l'obligation de prouver qu'ils se sont appuyés sur la déclaration inexacte, la partie XXIII.1 fait en sorte que les recours collectifs demeurent des mécanismes procéduraux efficaces dont peuvent se prévaloir les acheteurs de valeurs mobilières lésés. Par contre, en obligeant les demandeurs à respecter la condition d'obtenir l'autorisation de poursuivre et en imposant un plafond aux dommages-intérêts recouvrables, la partie XXIII.1 protège aussi les sociétés défenderesses des poursuites à grande échelle opportunistes et dénuées de fondement et contre une responsabilité exorbitante dans le contexte du recours collectif. Cette partie est censée coexister de manière harmonieuse avec la *LRC*. À ce jour, la preuve indique que cette corrélation est essentielle : parmi les 27 poursuites tranchées en application de la partie XXIII.1 en Ontario jusqu'à présent, 26 l'ont été par le truchement du recours collectif.

E. *Joint Operation of Section 28 of the CPA and Sections 138.8(1) and 138.14 of the OSA*

[184] As noted above, the question is whether, in a class proceeding claiming both the Part XXIII.1 statutory cause of action and the common law tort of negligent misrepresentation, s. 28 of the *CPA* can suspend the limitation period applicable to the statutory cause of action if leave has not yet been obtained under the *OSA*.

[185] This requires determining how the two statutes operate together. The Court must determine whether the statutory cause of action can be “asserted” and whether the class proceedings can be “commenced” for the purposes of s. 28 of the *CPA* before leave has been granted under the *OSA*, such that the statutory limitation period is suspended pending certification under the *CPA*. Prior to the recent amendment, Part XXIII.1 of the *OSA* was silent regarding suspension of the limitation period. This Court must seek a harmonious interpretation that respects the ordinary meaning of the text of both statutes, and the context and the purpose of the *CPA*, recognizing its intended application in the securities context.

[186] As both the *CPA* and Part XXIII.1 of the *OSA* are remedial in nature, the provisions from those statutes must be interpreted broadly and purposively: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at §§ 15.18, 15.22 and 15.59. Moreover, in analysing the interaction between the laws of one legislature, we must presume that the laws “are meant to work together, both logically and teleologically, as parts of a functioning whole”: Sullivan, at §11.2; *Thibodeau v. Air Canada*, 2014 SCC 67, [2014] 3 S.C.R. 340, at para. 93; *Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 SCC 14, [2007] 1 S.C.R. 591, at para. 47. Here, the relevant provisions in the *OSA* were enacted after the *CPA*, although the legislator clearly intended to facilitate class actions for securities litigation. However, to the extent that we must interpret provisions in Part

E. *Effet conjugué de l’art. 28 de la LRC ainsi que du par. 138.8(1) et de l’art. 138.14 de la LVM*

[184] Comme je l’ai déjà indiqué, il s’agit de déterminer si, dans un recours collectif alléguant à la fois la cause d’action prévue à la partie XXIII.1 et le délit de déclaration inexacte faite par négligence en common law, l’art. 28 de la *LRC* peut suspendre le délai de prescription applicable à la cause d’action légale si l’autorisation n’a pas encore été obtenue en vertu de la *LVM*.

[185] Cette analyse requiert qu’on établisse la manière dont les deux lois coexistent. La Cour doit décider si la cause d’action légale peut être « invoquée » et si le recours collectif peut être « introduit » pour l’application de l’art. 28 de la *LRC* avant que l’autorisation n’ait été accordée en application de la *LVM*, de sorte que le délai de prescription prévu par la loi est suspendu jusqu’à la certification au titre de la *LRC*. Avant la modification récente, la partie XXIII.1 de la *LVM* était muette sur la suspension du délai de prescription. La Cour doit chercher une interprétation harmonieuse qui respecte le sens ordinaire du texte des deux lois ainsi que le contexte et l’objet de la *LRC*, eu égard à la manière dont cette loi est censée s’appliquer dans le contexte des valeurs mobilières.

[186] Puisque la *LRC* et la partie XXIII.1 de la *LVM* sont toutes les deux de nature réparatrice, leurs dispositions doivent être interprétées de façon large et fondée sur leur objet : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), § 15.18, 15.22 et 15.59. De plus, en analysant la corrélation entre les lois d’un législateur, nous devons nous rappeler que ces lois [TRADUCTION] « sont présumées fonctionner ensemble, tant logiquement que téléologiquement, comme les diverses parties d’un tout » : Sullivan, § 11.2; *Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340, par. 93; *Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 CSC 14, [2007] 1 R.C.S. 591, par. 47. En l’espèce, les dispositions pertinentes de la *LVM* ont été adoptées après la *LRC*, mais le législateur entendait manifestement faciliter les recours collectifs dans le

XXIII.1 of the *OSA* to resolve this issue, it is clear that this Part was intended to operate in the context of class proceedings legislation: *Allen Committee Report*, at para. 4.6. If available, we should prefer an interpretation that does not frustrate the purposes of either law at issue.

(1) Is Leave Required to Assert the Part XXIII.1 Statutory Cause of Action for the Purposes of Section 28?

[187] Section 28 of the *CPA* is engaged upon the “commencement of the class proceeding” with respect to “a cause of action asserted” in the class proceeding. Must a plaintiff first obtain leave under the *OSA* in order to properly “assert” the statutory cause of action for the purposes of s. 28?

[188] A cause of action is “a factual situation the existence of which entitles one person to obtain from the court a remedy against another person”: *Letang v. Cooper*, [1965] 1 Q.B. 232 (C.A.), at pp. 242-43, per Diplock L.J.; *Markevich v. Canada*, 2003 SCC 9, [2003] 1 S.C.R. 94, at para. 27; *Dilollo Estate (Trustee of) v. I.F. Propco Holdings (Ontario) 36 Ltd.*, 2013 ONCA 550, 117 O.R. (3d) 81, at para. 43.

[189] As the *Timminco* and *Green* panels of the Court of Appeal noted, “assert” has multiple dictionary meanings. To “assert” is defined variously as “[t]o invoke or enforce a legal right” or “make or enforce a claim to”: *Black’s Law Dictionary* (10th ed. 2014), at p. 139; *Canadian Oxford Dictionary* (2nd ed. 2004), at p. 78. Applying these meanings to the s. 28 context, the *Timminco* panel endorsed the narrower definition “to enforce”: paras. 17-18. The *Green* panel disagreed, instead adopting the broader definition “to invoke/to make”: para. 46.

domaine des valeurs mobilières. Toutefois, dans la mesure où nous devons interpréter les dispositions de la partie XXIII.1 de la *LVM* pour régler la question dont nous sommes saisis, il est clair que cette partie était censée s’appliquer dans le contexte de la législation sur les recours collectifs : *Rapport du comité Allen*, par. 4.6. Nous devons retenir si possible une interprétation qui ne contrecarre pas les objets des lois en cause.

(1) Pour l’application de l’art. 28, faut-il obtenir l’autorisation d’invoquer la cause d’action prévue à la partie XXIII.1?

[187] L’article 28 de la *LRC* entre en jeu à l’« introduction du recours collectif » pour « une cause d’action invoquée » dans le recours collectif. Un demandeur doit-il d’abord obtenir l’autorisation en vertu de la *LVM* pour pouvoir valablement « invoquer » la cause d’action légale pour l’application de l’art. 28?

[188] Une cause d’action est [TRADUCTION] « une situation de fait qui donne le droit d’obtenir réparation contre autrui devant les tribunaux » : *Letang c. Cooper*, [1965] 1 Q.B. 232 (C.A.), p. 242-243, le lord juge Diplock; *Markevich c. Canada*, 2003 CSC 9, [2003] 1 R.C.S. 94, par. 27; *Dilollo Estate (Trustee of) c. I.F. Propco Holdings (Ontario) 36 Ltd.*, 2013 ONCA 550, 117 O.R. (3d) 81, par. 43.

[189] Comme l’ont souligné les formations de la Cour d’appel dans les arrêts *Timminco* et *Green*, les dictionnaires donnent de nombreuses acceptions du mot anglais « assert ». Le verbe « assert » est défini tantôt comme [TRADUCTION] « invoquer ou faire valoir un droit », tantôt comme [TRADUCTION] « faire ou exécuter une réclamation » : *Black’s Law Dictionary* (10^e éd. 2014), p. 139; *Canadian Oxford Dictionary* (2^e éd. 2004), p. 78. Appliquant ces définitions dans le contexte de l’art. 28, la formation saisie de l’affaire *Timminco* a adopté l’acception plus étroite [TRADUCTION] « exécuter » : par. 17-18. La formation saisie de l’affaire *Green* n’était pas de cet avis, adoptant l’acception plus large [TRADUCTION] « invoquer/faire » : par. 46.

[190] In my view, the *Green* panel’s conclusion that “asserting” a cause of action in s. 28 refers to “invoking the legal right” or “making the claim” is more consistent with the English and French text of s. 28 and with the context of s. 28. It is difficult to see how a plaintiff could ever “enforce” a claim in a pleading, practically or theoretically. A statement of claim, by its nature, is a tool of invocation, as compared to a court judgment, which by its nature is a tool of enforcement. Section 28 is engaged at a very early stage in the litigation — the commencement of a class proceeding. At this stage, the representative plaintiff must plead the constituent elements of the cause of action founding the right or claim in order to then apply for certification: *CPA*, ss. 2(2) and 5.² It is in this sense that the plaintiff “makes the claim” or “invokes the legal right”. This is the term used in the French version of s. 28: “*invoquée*”.

[191] In the context of “invoking the legal right” or “making the claim”, what does it mean to “assert” the cause of action? To return to the definition of “cause of action”, the claim must assert the “factual situation” that “entitles one person to obtain from the court a remedy against another person”: *Letang*, at pp. 242-43; see also P. M. Perell and J. W. Morden, *The Law of Civil Procedure in Ontario* (2nd ed. 2014), at ¶¶ 4.409 and 4.412 to 4.414. Thus, in order to “make the claim” or “invoke the legal right”, the representative plaintiff must plead the essential factual elements required to constitute the cause of action. Côté J. cites *Méthot v. Montreal Transportation Commission*, [1972] S.C.R. 387, per Hall J., in support of her conclusion that the “assertion” of the statutory cause of action requires the plaintiffs to first obtain leave: para. 51. However, the issue in *Méthot* was whether a notice requirement was a constituent element of the particular statutory cause of action. The Court decided that it was, and therefore that the right of action arose only once the notice requirement was fulfilled: p. 398. In contrast, as I shall explain,

² The court may only certify a class proceeding in respect of the causes of action “disclose[d]” in the pleadings: *CPA*, s. 5(1)(a).

[190] À mon avis, la conclusion de la formation saisie de l’affaire *Green* selon laquelle le mot « *asserted* », dans la version anglaise de l’art. 28, parlant d’une cause d’action, a le sens d’« invoquer le droit » ou de « faire valoir la réclamation » concorde mieux avec les textes anglais et français de l’art. 28 et le contexte de celui-ci. Il est difficile de voir comment un demandeur pourrait un jour « exécuter » une réclamation dans un acte de procédure, que ce soit en pratique ou en théorie. Une déclaration, de par sa nature, est un outil d’expression, par opposition à un jugement de la cour qui, de par sa nature, est un outil d’exécution. L’article 28 entre en jeu au tout début de l’instance, lors de l’introduction d’un recours collectif. À cette étape, le représentant des demandeurs doit plaider les éléments constitutifs de la cause d’action sur laquelle repose le droit ou la réclamation pour ensuite demander la certification : *LRC*, par. 2(2) et art. 5². C’est en ce sens que le demandeur « fait valoir la réclamation » ou « invoque le droit ». C’est d’ailleurs le terme utilisé dans la version française de l’art. 28 : « *invoquée* ».

[191] Retenant l’acception « invoquer le droit » ou « faire valoir la réclamation », que veut-on dire, dans le texte anglais, lorsqu’on utilise le verbe « *assert* » avec le terme « *cause of action* »? Si l’on revient à la définition de « cause d’action », la réclamation doit invoquer la « situation de fait » qui « donne le droit d’obtenir réparation contre autrui devant les tribunaux » : *Letang*, p. 242-243; voir également P. M. Perell et J. W. Morden, *The Law of Civil Procedure in Ontario* (2^e éd. 2014), ¶ 4.409 et 4.412 à 4.414. Par conséquent, pour « faire valoir la réclamation » ou « invoquer le droit », le représentant des demandeurs doit plaider les éléments de fait essentiels nécessaires pour constituer la cause d’action. La juge Côté cite l’arrêt *Méthot c. Commission de Transport de Montréal*, [1972] R.C.S. 387, le juge Hall, à l’appui de sa conclusion selon laquelle pour pouvoir « invoquer » (« *asserted* » dans la version anglaise de cet arrêt) la cause d’action légale, les demandeurs doivent d’abord obtenir l’autorisation : par. 51. Toutefois, il s’agissait dans *Méthot* de déterminer si l’obligation de donner un avis était

² Le tribunal ne peut certifier un recours collectif qu’à l’égard des causes d’action « rév[élées] » dans les actes de procédure : *LRC*, al. 5(1)a).

the leave requirement at issue in these appeals is not a constituent element of the Part XXIII.1 statutory cause of action.

[192] Section 138.3 provides injured shareholders with four causes of action tied to misrepresentations in public documents, oral statements, or the failure to make timely disclosure of a material change: *OSA*, s. 138.3(1) to (4). Each cause of action will arise from the factual situation required to give the injured shareholder a “right of action for damages”. For example, s. 138.3(1) sets out the multiple factual elements that constitute the right of action for damages for misrepresentations in a document. In order to “invoke the legal right” or “make the claim” based on this cause of action, a representative plaintiff must plead all of these elements. Notably, the obtaining of leave is not one of them. Leave is not part of the “factual situation” giving rise to this cause of action. Moreover, while not decisive, the structure of Part XXIII.1 sets out the s. 138.3 causes of action under the heading “Liability”, whereas the s. 138.8 leave requirement is set out under the heading “Procedural Matters”. In view of these considerations, I conclude that the presence or absence of leave does not impact the existence of the cause of action founding the statutory claim.

[193] Furthermore, treating the leave requirement as an essential component of “asserting” a claim would be inconsistent with the substance of the leave requirement itself. In order to obtain leave, the plaintiff must convince the court of two things: that “the action is being brought in good faith” and that “there is a reasonable possibility that the action will be resolved at trial in favour of the plaintiff” (*OSA*,

un élément constitutif de la cause d’action légale en question. La Cour a décidé que c’était le cas et que le droit d’action ne prenait naissance qu’au moment où l’avis exigé était donné : p. 398. Inversement, comme je l’expliquerai plus loin, la nécessité d’obtenir l’autorisation en cause dans les présents pourvois n’est pas un élément constitutif de la cause d’action prévue à la partie XXIII.1.

[192] L’article 138.3 accorde aux actionnaires lésés quatre causes d’action liées à la présentation inexacte de faits dans des documents ou des déclarations orales publiques ou au non-respect des obligations d’information occasionnelle portant sur un changement important : *LVM*, par. 138.3(1) à (4). Chaque cause d’action découlera de la situation de fait qui doit prévaloir pour donner à l’actionnaire lésé le « droit d’intenter une action en dommages-intérêts ». Par exemple, le par. 138.3(1) énonce les multiples éléments de fait qui donnent ouverture au droit d’action en dommages-intérêts fondé sur la présentation inexacte de faits dans un document. Pour « invoquer le droit » ou « faire valoir la réclamation » sur le fondement de cette cause d’action, le représentant des demandeurs doit plaider tous ces éléments. Signalons que l’obtention de l’autorisation n’en fait pas partie. L’autorisation ne fait pas partie de la « situation de fait » à l’origine de cette cause d’action. En outre, bien qu’elle ne soit pas déterminante, la structure de la partie XXIII.1 énonce les causes d’actions prévues à l’art. 138.3 sous la rubrique « Responsabilité », alors que la nécessité d’obtenir l’autorisation prévue à l’art. 138.8 est énoncée sous la rubrique « Questions de procédure ». Compte tenu de ces considérations, je conclus que la présence ou l’absence d’autorisation n’influe aucunement sur l’existence de la cause d’action sur laquelle repose le recours prévu par la loi.

[193] De plus, considérer la nécessité d’obtenir l’autorisation comme un élément essentiel du fait d’« invoquer » un recours serait contraire à l’essence même de cette condition. Pour obtenir l’autorisation, le demandeur doit convaincre le tribunal de deux choses : « l’action est intentée de bonne foi » et « il est raisonnablement possible que l’action soit réglée au moment du procès en faveur du demandeur »

s. 138.8(1); *Theratechnologies inc. v. 121851 Canada inc.*, 2015 SCC 18, [2015] 2 S.C.R. 106, at paras. 31 and 38). To do so, the plaintiff must address the merits of the “factual situation” giving rise to the statutory cause of action by “setting forth the material facts” (*OSA*, s. 138.8(2)):

(2) Upon an application under this section, the plaintiff and each defendant shall serve and file one or more affidavits setting forth the material facts upon which each intends to rely.

[194] In this regime, the leave requirement relates directly to the merits of the action. If obtaining leave were also a constituent element of the statutory cause of action, the court would be required to assess whether leave could be granted as an underlying pre-condition of the ultimate decision on whether to grant leave. Such an outcome would represent a sort of “catch-22” — you cannot get leave without proving you can get leave. Certainly, this would not be consistent with the scheme of the *OSA*.

[195] Effectively, obtaining leave under s. 138.8 of the *OSA* is a procedural requirement. A proceeding with respect to the statutory cause of action cannot be commenced without leave. Though the leave requirement impacts the plaintiff’s ability to bring suit, it does not form part of, or affect, the factual elements comprising the statutory cause of action. Leave is necessary for the right arising from s. 138.3 to be ultimately exercised, adjudicated at trial and enforced (to obtain damages). However, “asserting” the statutory cause of action for the purposes of s. 28 of the *CPA* — that is, “invoking the legal right” or “making the claim” — does not require the representative plaintiff to first obtain leave.

(*LVM*, par. 138.8(1); *Theratechnologies inc. c. 121851 Canada inc.*, 2015 CSC 18, [2015] 2 R.C.S. 106, par. 31 et 38). Pour ce faire, le demandeur doit aborder le fond de la « situation de fait » donnant naissance à la cause d’action légale en « énonçant les faits importants » (*LVM*, par. 138.8(2)) :

(2) Sur requête présentée en vertu du présent article, le demandeur et chaque défendeur signifient et déposent un ou plusieurs affidavits énonçant les faits importants sur lesquels ils ont chacun l’intention de se fonder.

[194] Selon ce régime, la nécessité d’obtenir l’autorisation se rapporte directement au bien-fondé de l’action. Si l’obtention de l’autorisation était aussi un élément constitutif de la cause d’action légale, le tribunal serait tenu de se demander s’il est possible d’accorder l’autorisation comme condition préalable sous-jacente à la décision finale d’accorder ou non l’autorisation. Un tel résultat représenterait en quelque sorte une situation sans issue — vous ne pouvez pas obtenir l’autorisation sans prouver que vous pouvez l’obtenir. Un tel résultat serait certainement contraire à l’économie de la *LVM*.

[195] De fait, l’obtention de l’autorisation visée à l’art. 138.8 de la *LVM* est une exigence procédurale. Une instance fondée sur la cause d’action légale ne peut être introduite sans autorisation. Bien que la nécessité d’obtenir l’autorisation ait une incidence sur la faculté du demandeur d’intenter une poursuite, elle ne fait pas partie des éléments de fait qui composent la cause d’action légale et ne change rien à ces éléments. Il faut obtenir l’autorisation pour que le droit découlant de l’art. 138.3 puisse être exercé, tranché au procès et exécuté par la suite (en vue d’obtenir des dommages-intérêts). Cependant, « invoquer » (« *asserting* ») la cause d’action légale pour l’application de l’art. 28 de la *LRC* — c’est-à-dire « invoquer le droit » ou « faire valoir la réclamation » — n’oblige pas le représentant des demandeurs à obtenir d’abord l’autorisation.

(2) Is Leave a Pre-condition for the Commencement of a Class Proceeding Asserting the Part XXIII.1 Statutory Cause of Action?

[196] As noted above, s. 28 only suspends the running of the limitation periods upon the “commencement of the class proceeding”. Ontario’s *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, define a “proceeding” as “an action or application”: r. 1.03(1). A proceeding is commenced by the issuance of an originating process, such as a statement of claim, a notice of action, or a notice of application: r. 1.03(1), “originating process”. “Commencement” for the purposes of s. 28 refers to the commencement of an intended class proceeding under the *CPA* prior to certification: *Logan v. Canada (Minister of Health)* (2004), 71 O.R. (3d) 451 (C.A.), at paras. 21-23. To commence a class proceeding, the representative plaintiff must file a statement of claim: r. 1.03(1), “action”.

[197] With respect to an individual statutory cause of action under Part XXIII.1 of the *OSA*, s. 138.8(1) provides: “No action may be commenced under section 138.3 without leave of the court” It may well be that a plaintiff could not “commence” an individual statutory action without leave; however these appeals concern class actions, not individual actions. Further, we need not decide the issue of whether a class proceeding based solely on the statutory cause of action may be commenced without leave. The issue before us is whether *these class proceedings* have been properly commenced within the meaning of s. 28 of the *CPA*.

[198] There is no question that a class proceeding asserting the common law cause of action based on the tort of misrepresentation may be properly commenced simply by issuing a statement of claim. However, the appellants say that a class proceeding must be capable of being commenced separately for each cause of action asserted. I disagree.

(2) L’autorisation est-elle une condition préalable à l’introduction d’un recours collectif dans lequel est invoquée la cause d’action prévue à la partie XXIII.1?

[196] Comme je l’ai déjà indiqué, l’art. 28 ne suspend les délais de prescription qu’à l’« introduction du recours collectif ». Les *Règles de procédure civile* de l’Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194, définissent l’« instance » (« *proceeding* ») comme une « [a]ction ou requête » : par. 1.03(1). Une instance est introduite par la délivrance d’un acte introductif d’instance comme une déclaration, un avis d’action ou un avis de requête : par. 1.03(1), « acte introductif d’instance ». L’« introduction », pour l’application de l’art. 28, s’entend de l’introduction d’un recours collectif projeté en vertu de la *LRC* avant la certification : *Logan c. Canada (Minister of Health)* (2004), 71 O.R. (3d) 451 (C.A.), par. 21-23. Pour introduire un recours collectif, le représentant des demandeurs doit déposer une déclaration : par. 1.03(1), « action ».

[197] En ce qui concerne la cause d’action individuelle fondée sur la partie XXIII.1 de la *LVM*, le par. 138.8(1) prévoit ce qui suit : « Une action ne peut être intentée en vertu de l’article 138.3 qu’avec l’autorisation du tribunal » Il se peut fort bien qu’un demandeur ne puisse pas « tenter » une action individuelle prévue par la loi sans autorisation; cependant, les présents pourvois portent sur des recours collectifs, et non sur des recours individuels. En outre, nous n’avons pas à décider si un recours collectif fondé uniquement sur la cause d’action légale peut être introduit sans autorisation. La question à trancher est de savoir si *les recours collectifs en l’espèce* ont été valablement introduits au sens de l’art. 28 de la *LRC*.

[198] Il est indubitable qu’un recours collectif dans lequel on invoque la cause d’action de common law fondée sur le délit de déclaration inexacte peut être valablement introduit par le simple dépôt d’une déclaration. Toutefois, les appelants affirment qu’un recours collectif doit pouvoir être introduit séparément pour chaque cause d’action invoquée. Je ne suis pas d’accord.

[199] The text of s. 28 clearly recognizes the realistic prospect that multiple causes of action (with differing limitation periods and procedural requirements) could be asserted in a single statement of claim. The commencement of the “class proceeding” is sufficient to suspend “any limitation period applicable to a cause of action asserted” in the class proceeding. Section 28 does not condition the “commencement” of the class proceeding on the prior fulfilment of all procedural requirements in respect of every cause of action asserted in the proceeding. Nor does it contemplate separate class actions, or different commencement dates, for the different causes of action. Rather, on a plain reading of s. 28, the limitation periods applicable to all causes of action asserted in the proceeding are suspended upon the commencement of the class proceeding, regardless of whether some (such as the Part XXIII.1 statutory cause of action) would require leave to proceed individually.

[200] In my view, this understanding of s. 28 best accords with the words, scheme and purpose of the *CPA*, as well as the language, purpose and operation of Part XXIII.1 of the *OSA*.

[201] Unlike my colleague Côté J., I do not find it troubling that the intended class proceeding asserting the statutory cause of action (alongside the common law tort) “commences” under s. 28 prior to leave being obtained: para. 50. As stated above, the statutory cause of action arises prior to leave being obtained. It seems to me that a more troubling inconsistency flows from my colleague’s interpretation of s. 28: the class proceeding could have different commencement dates for each cause of action. Her interpretation could also result in multiple class proceedings arising from the same facts. This result is neither required nor preferred by the language of s. 28.

[202] My colleague and the appellants suggest that the purpose of s. 28 is merely to shelter potential class members under a cause of action that could otherwise be commenced as an individual

[199] L’article 28 reconnaît clairement la possibilité réelle que de multiples causes d’action (dont les délais de prescription et les exigences procédurales varient) soient invoquées dans une seule déclaration. L’introduction du « recours collectif » suffit pour suspendre « tout délai de prescription applicable à une cause d’action invoquée » dans le recours collectif. L’article 28 n’a pas pour effet de rendre l’« introduction » du recours collectif conditionnelle à la réalisation de toutes les exigences procédurales à l’égard de chacune des causes d’action invoquées dans le recours. Il n’envisage pas non plus des recours collectifs distincts, ou des dates d’introduction distinctes pour les diverses causes d’action. Selon le sens ordinaire de l’art. 28, les délais de prescription applicables à toutes les causes d’action invoquées dans le recours sont plutôt suspendus à l’introduction du recours collectif, que certaines d’entre elles (telle la cause d’action prévue à la partie XXIII.1) nécessitent ou non une autorisation pour aller de l’avant individuellement.

[200] À mon avis, cette interprétation de l’art. 28 est celle qui s’accorde le mieux avec le libellé, l’économie et l’objet de la *LRC*, ainsi qu’avec le texte, l’objet et l’application de la partie XXIII.1 de la *LVM*.

[201] Contrairement à ma collègue la juge Côté, je ne vois rien de troublant à ce que le recours collectif projeté dans lequel est invoquée la cause d’action légale (avec le délit de common law) soit « introduit » au sens de l’art. 28 avant l’obtention de l’autorisation : par. 50. Comme je l’ai déjà mentionné, la cause d’action légale prend naissance avant l’obtention de l’autorisation. L’interprétation que ma collègue donne à l’art. 28 me paraît engendrer une incohérence plus troublante encore : le recours collectif comporterait différentes dates d’introduction pour chaque cause d’action. En outre, selon son interprétation, de multiples recours collectifs pourraient découler des mêmes faits. Le libellé de l’art. 28 ne dicte ni ne privilégie ce résultat.

[202] Ma collègue et les appelants affirment que l’art. 28 a simplement pour objet d’abriter les membres éventuels du groupe sous une cause d’action qui pourrait autrement être introduite sous

action — and not to broaden the rights of the representative plaintiff by sheltering a statutory cause of action under a properly commenced class proceeding. They rely heavily on the fact that an individual plaintiff who brings an individual action (as opposed to a class action) does not benefit from a suspended limitation period simply by asserting the statutory claim in her statement of claim.

[203] With respect, such a view misses the larger point. Section 28 will never apply to an individual plaintiff; it applies only in the context of class actions. It responds to the interrelated need to protect the interests of class members and to avoid the duplication of redundant individual proceedings by class members; such needs are simply not present in individual proceedings. The provision forms part of a larger scheme that seeks to make class actions an effective and accessible procedural vehicle. Moreover, the comparison my colleague draws between the rights of individual and class plaintiffs is somewhat theoretical, since, as noted earlier, 26 of the 27 claims that have been the subject of decisions under Part XXIII.1 in Ontario have been brought through the class proceedings vehicle. Indeed, this Part of the *OSA* was specifically designed to work effectively with class proceedings.

[204] I recognize my colleague's point that the class action is a procedural vehicle, not intended to increase the parties' substantive rights. However, the class action nonetheless provides class members with tools and advantages that "mak[e] pursuing one's substantive rights feasible . . . in a way that allows mass claims to be adjudicated efficiently": W. K. Winkler et al., *The Law of Class Actions in Canada* (2014), at p. 6. For example, where damages are certified as a common issue, ss. 23 and 24 of the *CPA* allow the court to admit otherwise inadmissible statistical information to determine issues relating to the quantum or distribution of a monetary award, and to undertake an aggregate assessment of the quantum of monetary damages owed to the class members: *Markson v. MBNA Canada Bank*, 2007 ONCA 334, 85 O.R. (3d) 321, at paras. 40-58; *Cassano v. Toronto-Dominion Bank*, 2007 ONCA

forme de recours individuel — et non d'élargir les droits du représentant des demandeurs en abritant une cause d'action légale sous un recours collectif valablement introduit. Ils s'appuient en grande partie sur le fait qu'une demanderesse individuelle qui intente un recours individuel (par opposition à un recours collectif) ne bénéficie pas d'un délai de prescription suspendu simplement en invoquant le droit d'action légale dans sa déclaration.

[203] Soit dit avec égards, une telle opinion passe à côté de la vue d'ensemble. L'article 28 ne s'appliquera jamais à un demandeur individuel : il ne s'applique que dans le contexte des recours collectifs. Il répond aux besoins corrélatifs de protéger les intérêts des membres du groupe, d'une part, et d'éviter le dédoublement de recours individuels redondants par des membres du groupe, d'autre part; de tels besoins ne se présentent tout simplement pas dans les instances individuelles. La disposition fait partie d'un régime plus large qui vise à faire du recours collectif un mécanisme procédural efficace et accessible. Qui plus est, la comparaison que dresse ma collègue entre les droits des demandeurs individuels et collectifs est quelque peu théorique car, rappelons-le, sur les 27 poursuites tranchées en application de la partie XXIII.1 en Ontario, 26 l'ont été par la voie du recours collectif. De fait, cette partie de la *LVM* a été expressément conçue pour s'appliquer efficacement avec les recours collectifs.

[204] Il est vrai, comme le soutient ma collègue, que le recours collectif est un mécanisme procédural qui n'a pas pour but d'accroître les droits substantiels des parties. Toutefois, le recours collectif offre néanmoins aux membres du groupe des outils et des avantages [TRADUCTION] « qui donnent à quelqu'un la possibilité de faire valoir ses droits substantiels [. . .] d'une manière qui permet de trancher efficacement des réclamations présentées par de nombreuses parties » : W. K. Winkler et autres, *The Law of Class Actions in Canada* (2014), p. 6. Par exemple, lorsque les dommages-intérêts sont certifiés comme question commune, les art. 23 et 24 de la *LRC* permettent au tribunal d'admettre en preuve des données statistiques autrement inadmissibles pour trancher les questions en litige qui ont trait au montant ou à la répartition d'une somme adjugée et d'entreprendre une évaluation globale du montant des

781, 87 O.R. (3d) 401, at paras. 41-53; *Fulawka v. Bank of Nova Scotia*, 2012 ONCA 443, 111 O.R. (3d) 346, at paras. 119-39; *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477, at paras. 131-35; see also *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392, at paras. 107-18. These mechanisms, like the protection offered by s. 28 from the running of limitation periods, are not available to individual plaintiffs. These mechanisms make the pursuit of the substantive right of action “feasible” and “efficient” in the context of a collective suit. Far from being “anomalous” (see Côté J. reasons, at para. 71), the benefits provided by these provisions are consistent with the intention to make the class proceeding an effective and feasible vehicle for the collective pursuit of substantive claims.

[205] Moreover, an interpretation that suspends the limitation period where leave has not yet been granted: (1) promotes the purposes of the *CPA*; (2) is harmonious with the language, purpose and operation of Part XXIII.1 of the *OSA*; and (3) allows the class proceeding to remain an effective vehicle for the pursuit of Part XXIII.1 statutory claims while respecting the policy underpinnings of limitation periods.

[206] First, such an interpretation of s. 28 furthers the *CPA*'s goals of judicial economy and access to justice. It guarantees the class members' access to the courts by maintaining one of the main benefits of the class action: the suspension of the limitation period for all class members. Section 28 protects potential class members, including the representative plaintiff, from the running of their individual limitation periods during the collective pursuit of their claims through the class proceeding vehicle. This protection ceases and the individual limitation periods resume running on the occurrence of any of the six events set out in s. 28(1) that end that collective pursuit. Effective protection of

dommages-intérêts auxquels ont droit les membres du groupe : *Markson c. MBNA Canada Bank*, 2007 ONCA 334, 85 O.R. (3d) 321, par. 40-58; *Cassano c. Toronto-Dominion Bank*, 2007 ONCA 781, 87 O.R. (3d) 401, par. 41-53; *Fulawka c. Bank of Nova Scotia*, 2012 ONCA 443, 111 O.R. (3d) 346, par. 119-139; *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477, par. 131-135; voir aussi *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392, par. 107-118. Les demandeurs individuels ne peuvent se prévaloir de ces mécanismes pas plus que de la protection offerte par l'art. 28 contre l'écoulement des délais de prescription. Ces mécanismes font en sorte qu'il est « réaliste » et « efficace » d'exercer le droit d'action substantiel dans le contexte d'une poursuite collective. Loin d'être « anormaux » (voir les motifs de la juge Côté, par. 71), les avantages que procurent ces dispositions sont conformes à l'intention de faire du recours collectif un moyen efficace et réaliste d'exercer collectivement des recours substantiels.

[205] En outre, une interprétation qui a pour effet de suspendre le délai de prescription lorsque l'autorisation n'a pas encore été accordée : (1) favorise la réalisation des objets de la *LRC*; (2) s'harmonise avec le texte, l'objet et l'application de la partie XXIII.1 de la *LVM*; (3) fait en sorte que le recours collectif demeure un moyen efficace d'exercer les recours fondés sur la partie XXIII.1, tout en respectant les considérations d'ordre public qui sous-tendent les délais de prescription.

[206] Premièrement, une telle interprétation de l'art. 28 favorise la réalisation des objets de la *LRC*, à savoir l'économie des ressources judiciaires et l'accès à la justice. Elle garantit aux membres du groupe l'accès aux tribunaux en maintenant l'un des principaux avantages du recours collectif : la suspension du délai de prescription pour tous les membres du groupe. L'article 28 protège les membres éventuels du groupe, y compris le représentant des demandeurs, contre l'écoulement de leurs délais de prescription respectifs pendant l'exercice collectif de leurs poursuites par le truchement du recours collectif. Cette protection disparaît et les délais de prescription individuels recommencent à

potential class members during the collective pursuit of their claims necessarily entails protecting the rights that those class members seek to pursue in a class proceeding as opposed to in individual actions. This interpretation of s. 28 protects class members' individual rights from becoming statute-barred during the pursuit of the class proceeding. This protection, in turn, obviates the need for class members to initiate duplicate individual proceedings to protect these rights, thus promoting judicial economy. My colleague's conclusion that s. 28 does not protect individual class members prior to the obtaining of leave "could go a long way toward eliminating the economic advantage of class proceedings for any class member with a small claim": *Logan v. Canada (Minister of Health)*, 2003 CanLII 20308 (Ont. S.C.J.), at para. 23, per Winkler J., aff'd *Logan* (Ont. C.A.). As Feldman J.A. noted in the present appeals, one of the effects of the decision in *Timminco* was that "[o]ne of the main benefits of the class action, the suspension of the limitation period for all members of the class, has been removed": *Green ONCA*, at para. 64.

[207] Second, such an interpretation is harmonious with the balance struck by Part XXIII.1 of the *OSA*. Even if the limitation period is suspended, the leave requirement remains. The leave requirement still serves its screening function, because in order to obtain leave, the representative plaintiff must address the merits of the statutory cause of action: *OSA*, s. 138.8. Moreover, the service of the class action claim still satisfies the recognized policy rationales for the limitation period, and for limitation periods generally: protecting the defendant from liability for ancient obligations, putting the defendant on notice of the claims against her, guaranteeing the preservation of relevant evidence, and ensuring that plaintiffs act in a timely manner (*M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6, at pp. 29-30; *Novak v. Bond*, [1999] 1 S.C.R. 808). If the plaintiff does not commence a class proceeding and

courir dès que survient l'un des six faits énoncés au par. 28(1) qui ont pour effet de mettre un terme à cette poursuite collective. La protection efficace des membres éventuels du groupe pendant la poursuite collective de leurs réclamations implique nécessairement la protection de droits que ces membres du groupe cherchent à faire valoir dans un recours collectif plutôt que dans des recours individuels. Cette interprétation de l'art. 28 empêche la prescription des droits individuels des membres du groupe pendant l'exercice du recours collectif. Cette protection dispense par ailleurs les membres du groupe de la nécessité d'intenter des recours individuels répétitifs pour protéger les droits en question, ce qui favorise l'économie des ressources judiciaires. La conclusion de ma collègue selon laquelle l'art. 28 ne protège pas chacun des membres du groupe avant l'obtention de l'autorisation [TRADUCTION] « pourrait contribuer largement à éliminer l'avantage économique du recours collectif pour tout membre du groupe ayant une petite créance » : *Logan c. Canada (Minister of Health)*, 2003 CanLII 20308 (C.S.J. Ont.), par. 23, le juge Winkler, conf. par *Logan* (C.A. Ont.). Comme l'a fait remarquer la juge Feldman dans les présentes affaires, l'arrêt *Timminco* a eu notamment pour conséquence que [TRADUCTION] « [l']un des principaux avantages du recours collectif, la suspension du délai de prescription pour tous les membres du groupe, a été supprimé » : *Green, C.A. Ont.*, par. 64.

[207] Deuxièmement, une telle interprétation s'harmonise avec l'équilibre établi dans la partie XXIII.1 de la *LVM*. Même si le délai de prescription est suspendu, il faut toujours obtenir l'autorisation. Cette condition remplit toujours sa fonction de filtrage car, pour obtenir l'autorisation, le représentant des demandeurs doit plaider le bien-fondé de la cause d'action légale : *LVM*, art. 138.8. Qui plus est, la signification de la déclaration du recours collectif satisfait quand même aux critères fondés sur les justifications d'ordre public reconues relativement au délai de prescription en cause de même qu'aux délais de prescription en général : décharger la défenderesse de la responsabilité à l'égard d'anciennes obligations, aviser la défenderesse des réclamations formées contre elle, garantir la conservation d'éléments de preuve pertinents et faire en sorte que les demandeurs agissent en temps

assert the statutory claim in the proceeding before the limitation period runs out, her claim will be statute-barred. As well, the inclusion of the statutory claim and the facts underlying it gives notice to the defendants of the particulars of the claim against them and ensures that the defendants will be able to preserve evidence relevant to the claim. Indeed, as class proceedings are actively managed both pre-trial and during the trial, the managing judge is empowered to take appropriate measures to ensure that the claims proceed expeditiously and that leave is sought in a timely manner: *Perell and Morden*, at ¶¶ 4.234 and 4.235; *CPA*, ss. 12 and 34. Far from “displacing” the balance struck by the legislature in Part XXIII.1, this interpretation of s. 28 maintains that balance and furthers the legislative intent that Part XXIII.1 operate harmoniously with class proceedings legislation. Indeed, legislative reactions in Manitoba and Ontario to the release of the *Timminco* decision indicate that the interpretation endorsed by my colleague “interprets [Part XXIII.1 of the *OSA*] in an unintended way and limits the access to justice that the new remedy was intended to provide”: *Green ONCA*, at para. 73.

[208] Finally, such an approach ensures that the class proceeding remains the most effective and available vehicle through which to pursue Part XXIII.1 statutory claims. As the facts of the *IMAX* appeal illustrate, even a plaintiff who discovers the misrepresentation quickly and initiates her claim in a timely manner may be unable to obtain leave and “commence” the statutory action within the three-year limitation period: paras. 5, 22 and 90 (CanLII). Tying the running of the limitation period to the granting of leave removes compliance with the limitation period from the plaintiff’s control. It gives defendants both the incentive and, potentially, the means to delay the proceedings on the leave

opportun (*M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, p. 29-30; *Novak c. Bond*, [1999] 1 R.C.S. 808). Si la demanderesse n’introduit pas de recours collectif et n’y invoque pas le droit d’action légal dans l’instance avant l’expiration du délai de prescription, son droit d’action sera prescrit. En outre, l’inclusion de l’action prévue par la loi et des faits qui la sous-tendent informe les défendeurs des détails du recours intenté contre eux et garantit que les défendeurs seront en mesure de conserver les éléments de preuve pertinents quant à l’action. En effet, puisque les recours collectifs sont activement gérés avant le procès et pendant celui-ci, le juge chargé de la gestion de l’instance a le pouvoir de prendre les mesures qui s’imposent pour que les réclamations soient instruites avec célérité et que l’autorisation soit demandée en temps opportun : *Perell et Morden*, ¶ 4.234 et 4.235; *LRC*, art. 12 et 34. Loin de « briser » l’équilibre établi par le législateur à la partie XXIII.1, cette interprétation de l’art. 28 maintient cet équilibre et favorise l’atteinte de l’objectif législatif de faire en sorte que la partie XXIII.1 s’applique harmonieusement avec la loi sur les recours collectifs. De fait, les réactions du législateur au Manitoba et en Ontario au prononcé de l’arrêt *Timminco* indiquent que l’interprétation adoptée par ma collègue [TRADUCTION] « donne lieu à une interprétation de la [partie XXIII.1 de la *LVM*] que ne souhaitait pas le législateur et qui limite l’accès à la justice que ce nouveau recours visait à procurer » : *Green, C.A. Ont.*, par. 73.

[208] Enfin, une telle approche garantit que le recours collectif demeure le mécanisme le plus efficace et répandu pour exercer des recours en vertu de la partie XXIII.1. Comme le montrent les faits dans le pourvoi *IMAX*, même le demandeur qui découvre rapidement la présentation inexacte des faits et présente sa réclamation en temps opportun peut être incapable d’obtenir l’autorisation et d’« tenter » l’action prévue par la loi dans le délai de prescription de trois ans : par. 5, 22 et 90 (CanLII). Rattacher l’écoulement du délai de prescription à l’octroi de l’autorisation a pour résultat que le respect du délai de prescription échappe à la volonté du demandeur. Cela donne aux défendeurs

motion until the expiry of the limitation period. As Feldman J.A. noted, it “undercuts the ability of investors to bring a class action within the limitation period because they do not have control of whether they can meet or toll the limitation period”: *Green ONCA*, at para. 66. Such an approach also jeopardizes the adjudicative role of the court, as the cases under appeal illustrate. If unsuspending, the limitation period in the *IMAX* appeal would have expired while the leave and certification motions were under reserve, and the limitation period in the *CIBC* appeals would have expired between the filing of the notice of motion seeking leave and the hearing: *IMAX*, at para. 41; *CIBC*, at paras. 494 and 497. Such an interpretation risks the effect of forcing the court to decide whether to allow plaintiffs’ rights to expire or to risk the rights of others by deferring other urgent matters to prioritize leave motions: see, for example, *CIBC*, at para. 539.

[209] In contrast, tying the suspension of the limitation period to the assertion of the statutory cause of action in a class proceeding, rather than to the granting of leave by the court, avoids these undesirable consequences. Potential plaintiffs can effectively pursue Part XXIII.1 statutory claims through the class proceeding vehicle. Courts are not put in the difficult position of deferring other cases to avoid an injustice.

III. Conclusion

[210] In my view, as long as the Part XXIII.1 statutory cause of action is asserted in a properly commenced class proceeding, s. 28 of the *CPA* will suspend the limitation periods applicable to all causes of action asserted — including the limitation period governing the statutory claim — regardless of whether leave has been obtained. This interpretation is consistent with the language of s. 28 and the purposes guiding the *CPA*, and is harmonious with the

l’incitatif et, éventuellement, les moyens de retarder l’instruction de la motion en autorisation jusqu’à l’expiration du délai de prescription. Comme l’a souligné la juge Feldman, cela [TRADUCTION] « sape la faculté des investisseurs d’intenter un recours collectif dans le délai de prescription, car la possibilité de respecter ou d’interrompre le délai échappe à leur volonté » : *Green, C.A. Ont.*, par. 66. Une telle approche met également en péril la fonction décisionnelle du tribunal, comme l’illustrent les décisions portées en appel. S’il n’avait pas été suspendu, le délai de prescription dans le pourvoi *IMAX* aurait expiré pendant que les motions en autorisation et pour certification du recours collectif étaient prises en délibéré et le délai de prescription dans les pourvois du dossier *CIBC* aurait expiré entre le dépôt de l’avis de motion en autorisation et l’audience : *IMAX*, par. 41; *CIBC*, par. 494 et 497. Pareille interprétation risque d’avoir pour effet de forcer le tribunal à décider de permettre l’expiration des droits des demandeurs ou de compromettre les droits de tiers en reportant l’examen d’autres questions urgentes pour traiter en priorité des motions en autorisation : voir, par exemple, *CIBC*, par. 539.

[209] Inversement, rattacher la suspension du délai de prescription au fait d’invoquer la cause d’action légale dans un recours collectif plutôt qu’à l’octroi de l’autorisation par le tribunal, permet d’éviter ces conséquences indésirables. Les demandeurs éventuels peuvent effectivement intenter des poursuites fondées sur la partie XXIII.1 par la voie du recours collectif. Les tribunaux ne se trouvent pas dans la situation difficile d’avoir à reporter d’autres instances pour éviter une injustice.

III. Conclusion

[210] À mon avis, tant que la cause d’action prévue à la partie XXIII.1 est invoquée dans un recours collectif valablement introduit, l’art. 28 de la *LRC* suspend les délais de prescription applicables à toutes les causes d’action invoquées — y compris le délai de prescription régissant le recours prévu par la loi — que l’autorisation ait ou non été obtenue. Cette interprétation est compatible avec le libellé de l’art. 28 et les objets encadrant la *LRC*, en

language and purposes driving Part XXIII.1 of the *OSA*. In the cases before us, the class proceedings were properly commenced with respect to the common law tort of negligent misrepresentation.

[211] In contrast, the interpretation adopted by my colleague Côté J. seriously undermines the viability of the class action vehicle in the context of Part XXIII.1 statutory claims. As the *Green* panel noted, this obliges class members to “do what s. 28 was intended to obviate: commence their own action with leave in order to try to ensure that their action is brought within the limitation period” (para. 65). By rendering the class action an ineffective vehicle to pursue Part XXIII.1 statutory claims, my colleague’s interpretation effectively bars Part XXIII.1 from fulfilling either of its goals; it can neither facilitate access to justice for investors nor deter corporate misconduct.

[212] The defendants in the *CIBC* appeals additionally challenge the articulation of the standard to obtain leave under s. 138.8 of the *OSA* adopted by Strathy J. and the *Green* panel. I agree with my colleague Côté J. that the reasonable possibility of success threshold test articulated by this Court in *Theratechnologies* applies to a motion for leave under s. 138.8 of the *OSA*. In my view, the *CIBC* plaintiffs have met this threshold. I also agree with my colleague’s discussion and disposition of the *CIBC* defendants’ appeals concerning the certification of common issues.

IV. Disposition

[213] In each of the three cases appealed to this Court, the respondent plaintiffs commenced class proceedings and pleaded the constituent facts of the tort of negligent misrepresentation and of the

plus de s’harmoniser avec le texte et les objets qui animent la partie XXIII.1 de la *LVM*. Dans les affaires dont nous sommes saisis, les recours collectifs ont été valablement introduits en ce qui a trait au délit de déclaration inexacte faite par négligence en common law.

[211] À l’inverse, l’interprétation qu’a adoptée ma collègue la juge Côté compromet sérieusement la viabilité du mécanisme du recours collectif dans le contexte des réclamations fondées sur la partie XXIII.1. Comme l’a souligné la formation des juges dans l’affaire *Green*, cette interprétation a pour effet d’obliger les membres du groupe à [TRADUCTION] « faire ce que l’art. 28 était censé éviter : introduire leur propre recours avec autorisation pour tenter de garantir que leur action est intentée dans le délai prescrit » (par. 65). En faisant du recours collectif un moyen inefficace d’engager des poursuites en vertu de la partie XXIII.1, l’interprétation de ma collègue empêche effectivement la partie XXIII.1 d’atteindre l’un ou l’autre de ses objectifs : elle ne peut ni faciliter l’accès des investisseurs à la justice ni décourager l’inconduite des entreprises.

[212] Les défendeurs dans les pourvois du dossier *CIBC* contestent en outre la formulation du critère d’obtention de l’autorisation visée à l’art. 138.8 de la *LVM* qu’ont retenue le juge Strathy et la formation des juges dans l’affaire *Green*. Je conviens avec ma collègue la juge Côté que le critère préliminaire formulé par notre Cour dans l’arrêt *Theratechnologies*, soit la possibilité raisonnable d’avoir gain de cause, s’applique à une motion en autorisation visée par l’art. 138.8 de la *LVM*. À mon avis, les demandeurs dans l’affaire *CIBC* ont satisfait à ce critère. Je souscris également à l’analyse et au dispositif de ma collègue visant les pourvois des défendeurs dans l’affaire *CIBC* en ce qui concerne la certification des questions communes.

IV. Dispositif

[213] Dans chacune des trois affaires portées en appel devant notre Cour, les demandeurs intimés ont introduit des recours collectifs et plaidé dans leurs déclarations les faits constitutifs du délit de

Part XXIII.1 statutory cause of action in their statements of claim. In my view, this pleading constitutes an assertion of the statutory cause of action for the purposes of s. 28 of the CPA. Thus, the limitation periods for the statutory claims at issue in these appeals are suspended as of the date of filing of their statements of claim. None of the claims are statute-barred. In light of this conclusion, it is not necessary to address the availability of *nunc pro tunc* or the special circumstances doctrine. However, I should not be taken to agree with either the analysis or conclusions of Côté J. on these issues.

[214] I would dismiss the appeals with costs throughout.

Appeals in CIBC and IMAX dismissed with costs throughout, McLACHLIN C.J. and ROTHSTEIN and CÔTÉ JJ. dissenting in part.

Appeal in Celestica allowed with costs throughout, MOLDAVER, KARAKATSANIS and GASCON JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant the Canadian Imperial Bank of Commerce: Torys, Toronto.

Solicitors for the appellants Gerald McCaughey et al.: Goodmans, Toronto.

Solicitors for the appellants IMAX Corporation et al.: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the appellants Celestica Inc., Stephen W. Delaney and Anthony P. Puppi: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the respondents Howard Green and Anne Bell: Rochon Genova, Toronto.

Solicitors for the respondents Marvin Neil Silver and Cliff Cohen: Siskinds, London; Sutts Strosberg, Windsor.

déclaration inexacte faite par négligence en common law et de la cause d'action prévue à la partie XXIII.1. À mon avis, en plaissant ainsi ces faits, ils se trouvent à avoir invoqué la cause d'action légale pour l'application de l'art. 28 de la LRC. Par conséquent, les délais de prescription applicables aux réclamations présentées en vertu de la loi qui sont en litige dans les présents pourvois sont suspendus à compter de la date du dépôt de leurs déclarations. Aucune des réclamations n'est prescrite. Vu cette conclusion, il est inutile de se prononcer sur la possibilité d'invoquer la doctrine de *nunc pro tunc* ou celle des circonstances particulières. Il ne faut toutefois pas considérer que je souscris à l'analyse ou aux conclusions de la juge Côté sur ces points.

[214] Je suis d'avis de rejeter les pourvois avec dépens devant toutes les cours.

Pourvois dans CIBC et IMAX rejetés avec dépens devant toutes les cours, la juge en chef McLACHLIN et les juges ROTHSTEIN et CÔTÉ sont dissidents en partie.

Pourvoi dans Celestica accueilli avec dépens devant toutes les cours, les juges MOLDAVER, KARAKATSANIS et GASCON sont dissidents.

Procureurs de l'appelante la Banque Canadienne Impériale de Commerce : Torys, Toronto.

Procureurs des appelants Gerald McCaughey et autres : Goodmans, Toronto.

Procureurs des appelants IMAX Corporation et autres : McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs des appelants Celestica Inc., Stephen W. Delaney et Anthony P. Puppi : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs des intimés Howard Green et Anne Bell : Rochon Genova, Toronto.

Procureurs des intimés Marvin Neil Silver et Cliff Cohen : Siskinds, London; Sutts Strosberg, Windsor.

Solicitors for the respondents the Trustees of the Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund, Nabil Berzi and Huacheng Xing: Koskie Minsky, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Foundation for Advancement of Investor Rights: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Solicitors for the intervener the Shareholder Association for Research and Education: Groia & Company, Toronto.

Solicitor for the intervener the Ontario Securities Commission: Ontario Securities Commission, Toronto.

Solicitors for the intervener the Insurance Bureau of Canada: Stikeman Elliott, Toronto.

Procureurs des intimés les Fiduciaires de la caisse de retraite en fiducie du Millwright Regional Council of Ontario, Nabil Berzi et Huacheng Xing : Koskie Minsky, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Fondation canadienne pour l'avancement des droits des investisseurs : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Shareholder Association for Research and Education : Groia & Company, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario : Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Bureau d'assurance du Canada : 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@scs-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rs@scs-csc.ca



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 4, 2015 Vol. 3

4^e cahier, 2015 Vol. 3

Cited as [2015] 3 S.C.R. { i-lxvi
909-1192

Renvoi [2015] 3 R.C.S. { i-lxvi
909-1192

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

Acting Chief Law Editor / Arrêviste en chef intérimaire
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

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

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH

Jurilinguists / Jurilinguistes
JULIE BOULANGER
MARIE RODRIGUE

MARIE-LUC SIMONEAU
CLAIRE VALLÉE

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

SUZANNE AUDET
MONIQUE DELORME

Technical Revisors / Réviseurs techniques

CHLOE MAGEE

NANCY MCCAUGHAN
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	xiii
Table of Cases Cited	xvii
Statutes and Regulations Cited	li
Authors Cited	lv
Index	1181

Kanthisamy v. Canada (Citizenship and Immigration) 909

Immigration — Judicial review — Refugee claim — Humanitarian and compassionate considerations — Best interests of child — 17-year-old refugee claimant from Sri Lanka seeking humanitarian and compassionate exemption to apply for permanent residence from within Canada — Whether decision to deny relief was reasonable exercise of humanitarian and compassionate discretion — Proper role of Ministerial Guidelines used by immigration officers in determining whether humanitarian and compassionate considerations warrant relief — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 25(1).

M.M. v. United States of America..... 973

Extradition — Committal hearings — Evidence — Role of extradition judge — Test for committal — Principle of double criminality — Mother of three children facing child abduction charges in U.S. — Whether extradition judge applied correct principles in relation to double criminality and to own role in assessing reliability and sufficiency of evidence — Whether extradition judge should consider evidence about possible defences and other exculpatory circumstances in deciding whether to commit for extradition — Whether evidence justified mother's committal — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, ss. 3(1), 29(1)(a).

Extradition — Surrender order — Judicial review — Extradition Act providing that Minister of Justice shall refuse to order surrender if unjust or oppressive having regard to all relevant circumstances — Minister ordering mother's surrender for extradition to U.S. to face child

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre	i
Liste des juges.....	iii
Errata.....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xv
Table de la jurisprudence	xxxiii
Lois et règlements cités.....	liii
Doctrine et autres documents cités	lv
Index	1187

Kanthisamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)..... 909

Immigration — Contrôle judiciaire — Demande d'asile — Considérations d'ordre humanitaire — Intérêt supérieur de l'enfant — Sollicitation d'une dispense pour considérations d'ordre humanitaire par un demandeur d'asile sri-lankais de 17 ans afin de présenter au Canada une demande de résidence permanente — La décision de refuser la dispense résultait-elle d'un exercice raisonnable du pouvoir discrétionnaire fondé sur des considérations d'ordre humanitaire? — Portée véritable des Lignes directrices qu'utilisent les agents d'immigration pour déterminer si des considérations d'ordre humanitaire justifient ou non une dispense — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27, art. 25(1).

M.M. c. États-Unis d'Amérique..... 973

Extradition — Audiences relatives à l'incarcération — Preuve — Rôle du juge d'extradition — Critère applicable à l'incarcération — Principe de la double incrimination — Mère de trois enfants s'exposant à des accusations d'enlèvement d'enfants aux É.-U. — La juge d'extradition a-t-elle appliqué les bons principes quant à la double incrimination et à son propre rôle dans l'appréciation de la fiabilité et du caractère suffisant de la preuve? — Un juge d'extradition devrait-il considérer la preuve d'éventuels moyens de défense et d'autres éléments disculpatoires pour décider s'il y a lieu ou non d'ordonner l'incarcération en vue de l'extradition? — La preuve justifiait-elle l'incarcération de la mère? — Loi sur l'extradition, L.C. 1999, c. 18, art. 3(1), 29(1)a).

Extradition — Arrêté d'extradition — Contrôle judiciaire — La Loi sur l'extradition dispose que le ministre de la Justice refuse d'ordonner l'extradition lorsque la mesure serait injuste ou tyrannique compte tenu de toutes les circonstances pertinentes — Ordonnance du ministre à

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

abduction charges — Whether Minister gave appropriate consideration to defence of necessity available under Canadian law but not available under law of requesting state — Whether Minister gave appropriate consideration to effect of extradition on best interests of children — Whether Minister's decision to surrender was reasonable — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, s. 44(1)(a).

R. v. McKenna 1087

Criminal law — Trial — Charge to jury — Accused convicted of second degree murder — Meaning of manslaughter not explained to jury — Court of Appeal finding errors in trial judge's instructions and ordering new trial — Court of Appeal correct in applying curative proviso — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. Lacasse..... 1089

Criminal law — Sentencing — Appeals — Powers of Court of Appeal — Court of Appeal reducing sentence of imprisonment from six and a half to four years — Whether Court of Appeal erred in substituting sentence it considered appropriate for one imposed by trial judge, primarily on basis that trial judge had deviated from sentencing range established by courts for impaired driving offences — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 687.

Criminal law — Sentencing — Considerations — Impaired driving causing death — Whether it was open to trial judge to consider frequency of impaired driving in region where offence was committed as relevant sentencing factor — Whether length and other terms of driving prohibition imposed by trial judge were appropriate — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 259(2)(a.1), 718 to 718.2.

R. v. Riesberry 1167

Criminal law — Offences — Elements of offence — Cheating at play — Fraud — Accused attempted to rig horse races by drugging horses — Whether horse race constituted a game for purposes of offence of cheating at play — Whether accused's conduct constituted cheating at play or fraud — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 197(1) "game", 209, 380(1).

SOMMAIRE (Fin)

l'effet d'extrader la mère vers les É.-U. pour qu'elle y réponde à des accusations d'enlèvement d'enfants — Le ministre a-t-il pris dûment en compte le fait que la défense de nécessité existait en droit canadien mais non dans l'État requérant? — A-t-il dûment pris en compte l'effet de l'extradition sur l'intérêt supérieur des enfants? — Sa décision d'ordonner l'extradition était-elle raisonnable? — Loi sur l'extradition, L.C. 1999, c. 18, art. 44(1)a.

R. c. McKenna 1087

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — Sens de l'expression homicide involontaire coupable non expliqué au jury — Arrêt de la Cour d'appel concluant à l'existence d'erreurs dans les directives de la juge de première instance et ordonnant un nouveau procès — Cour d'appel appliquant à juste titre la disposition réparatrice — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

R. c. Lacasse..... 1089

Droit criminel — Détermination de la peine — Appels — Pouvoirs de la cour d'appel — Peine d'emprisonnement de six ans et demi réduite à quatre ans en appel — La Cour d'appel a-t-elle erré en substituant la peine qu'elle jugeait appropriée à celle infligée par le juge de première instance, principalement au motif que celui-ci se serait écarté de la fourchette de peines établie par les tribunaux en matière d'infractions de conduite avec les capacités affaiblies? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 687.

Droit criminel — Détermination de la peine — Facteurs devant être pris en considération — Conduite avec les capacités affaiblies ayant causé la mort — Le juge de première instance pouvait-il considérer la fréquence de la conduite avec les capacités affaiblies dans la région où l'infraction a été commise en tant que facteur pertinent dans la détermination de la peine? — La durée et les autres modalités de l'interdiction de conduire imposée par le juge de première instance étaient-elles appropriées? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 259(2)a.1), 718 à 718.2.

R. c. Riesberry 1167

Droit criminel — Infractions — Éléments de l'infraction — Tricherie au jeu — Fraude — Tentative par l'accusé de truquer des courses de chevaux en droguant des chevaux — Une course de chevaux constituait-elle un jeu pour ce qui est de l'infraction de tricherie au jeu? — La conduite de l'accusé constituait-elle de la tricherie au jeu ou de la fraude? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 197(1) « jeu », 209, 380(1).



2015 Volume 3

Canada Supreme Court Reports Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

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

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.

The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjoint
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Acting Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef intérimaire
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

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH

JULIE BOULANGER
MARIE RODRIGUE

MARIE-LUC SIMONEAU
CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
MONIQUE DELORME

CHLOE MAGEE

NANCY MCCAUGHAN
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 MARSHALL ROTHSTEIN*

The Honourable THOMAS ALBERT CROMWELL

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**

* On the 31st day of August 2015, the Honourable Marshall Rothstein, a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada, resigned from the Bench.

** On the 31st day of August 2015, the Honourable Russell Brown, a Judge of the Court of Appeal of Alberta, was appointed a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada.

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 MARSHALL ROTHSTEIN*

L'honorable THOMAS ALBERT CROMWELL

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 Marshall Rothstein, juge puîné à la Cour suprême du Canada, a résigné ses fonctions le 31 août 2015.

** Le 31 août 2015, l'honorable Russell Brown, juge de la Cour d'appel de l'Alberta, a été nommé juge puîné à la Cour suprême du Canada.

ERRATA

[1999] 3 S.C.R., p. 213, para. 30, line 10 of the English version. Read “superseded” instead of “superceded”.

[2000] 1 S.C.R., p. 125, para. 125, lines 4-5 of the French version. Read “divergence d’opinions” instead of “divergence d’opinion”.

[1999] 3 R.C.S., p. 213, par. 30, ligne 10 de la version anglaise. Lire « superseded » au lieu de « superceded ».

[2000] 1 R.C.S., p. 125, par. 125, lignes 4 et 5 de la version française. Lire « divergence d’opinions » au lieu de « divergence d’opinion ».

MOTIONS — REQUÊTES

(August 1 to December 31, 2015 — 1^{er} août au 31 décembre 2015)

2251420 Ontario Inc. v. 1289012 Ontario Inc., (Ont.), 36546, leave to appeal refused with costs, 10.12.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.

457351 Ontario Inc. v. Golf North Properties Inc., (Ont.), 36626, leave to appeal refused with costs, 3.12.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.

A.Y. v. Catholic Children's Aid Society of Toronto, (Ont.), 36669, leave to appeal refused, 24.12.15, autorisation d'appel refusée.

Abbott v. The Queen, (F.C.), 36483, leave to appeal refused, 5.11.15, autorisation d'appel refusée.

Advanced Glazing Technologies Ltd. v. McInnes Cooper, (N.S.), 36464, leave to appeal refused with costs, 15.10.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Agar v. Weber, (B.C.), 36090, leave to appeal refused with costs, 26.11.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Amram v. Rogers Communications Inc., (Que.), 36348, leave to appeal refused with costs, 24.9.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Anthony-Cook v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 36410, leave to appeal granted, 10.9.15, autorisation d'appel accordée.

Antonito Agozzino Professional Corp. v. The Queen, (Ont.), 36458, leave to appeal refused, 29.10.15, autorisation d'appel refusée.

Ariston Realty Corp. v. Elcarim Inc., (Ont.), 36325, leave to appeal refused with costs, 5.11.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Arjun v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 36568, leave to appeal refused, 17.12.15, autorisation d'appel refusée.

Association des parents ayants droit de Yellowknife c. Procureur général des Territoires du Nord-Ouest, (T.N.-O.), 36338, leave to appeal refused, 29.10.15, autorisation d'appel refusée.

Attorney General of British Columbia v. Provincial Court Judges' Association of British Columbia, (B.C.), 36442, leave to appeal refused with costs, 29.10.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Attorney General of Canada v. Fairmont Hotels Inc., (Ont.), 36606, leave to appeal granted with costs in the cause, 10.12.15, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

AXA General Insurance v. Tucker, (N.L.), 36492, leave to appeal refused with costs, 5.11.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ayangma v. Prince Edward Island Human Rights Commission, (P.E.I.), 36548, leave to appeal refused with costs, 3.12.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.

B.S.A. Diagnostics Ltd. v. Ministry of the Attorney General, (Ont.), 36413, leave to appeal refused, 24.9.15, autorisation d'appel refusée.

Badawy v. Nafie, (Alta.), 36371, leave to appeal refused, 5.11.15, autorisation d'appel refusée.

Baiu v. Baiu, (Ont.), 36497, leave to appeal refused with costs, 29.10.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Baker v. McCallum, (Ont.), 36451, leave to appeal refused with costs, 29.10.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Bakiri v. Commission of Occupational Injuries*, (Que.), 36365, leave to appeal refused, 3.9.15, autorisation d'appel refusée.
- Bayens v. Kinross Gold Corp.*, (Ont.), 36297, notice of discontinuance filed, 7.8.15, avis de désistement produit.
- Bazargani v. Mizael*, (Ont.), 36633, leave to appeal refused, 10.12.15, autorisation d'appel refusée.
- BC Freedom of Information and Privacy Association v. Attorney General of British Columbia*, (B.C.), 36495, leave to appeal granted with costs in the cause, 30.11.15, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Bell Expressvu Limited Partnership v. Vidéotron S.E.N.C.*, (Que.), 36414, leave to appeal refused with costs, 15.10.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Benhaim v. St-Germain*, (Que.), 36291, leave to appeal granted with costs in the cause, 29.10.15, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Best Theratronics Ltd. v. Beatty*, (Ont.), 36476, leave to appeal refused with costs, 8.10.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Boiko v. Grover*, (Ont.), 36417, leave to appeal refused, 13.8.15, autorisation d'appel refusée.
- Breslin v. Ontario Securities Commission*, (Ont.), 36419, leave to appeal refused with costs, 1.10.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- C.G. c. Curateur public du Québec*, (Qc), 36545, leave to appeal refused with costs, 19.11.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- C.P. v. RBC Life Insurance Co.*, (B.C.), 36360, leave to appeal refused with costs, 10.9.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Canada v. Paradis Honey Ltd.*, (F.C.), 36471, leave to appeal refused with costs, 29.10.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Carbone v. Whidden*, (Alta.), 36573, leave to appeal refused with costs, 10.12.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cash House Inc. v. Mantella*, (Ont.), 36699, notice of discontinuance filed, 27.11.15, avis de désistement produit.
- Charlton v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36529, leave to appeal refused, 12.11.15, autorisation d'appel refusée.
- Chartier v. Manitoba Public Insurance Corp.*, (Man.), 36473, leave to appeal refused, 15.10.15, autorisation d'appel refusée.
- Chowdhury v. Argenti*, (B.C.), 36507, leave to appeal refused with costs, 15.10.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- City of Edmonton v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, (Alta.), 36403, leave to appeal granted with costs in the cause, 3.9.15, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Closson c. Ville de Saint-Jérôme*, (Qc), 36347, leave to appeal refused with costs, 20.8.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Coady v. Quadrangle Holdings Ltd.*, (N.S.), 36378, leave to appeal refused with costs, 15.10.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Commission scolaire francophone, Territoires du Nord-Ouest c. Procureur général des Territoires du Nord-Ouest*, (T.N.-O.), 36337, leave to appeal refused, 29.10.15, autorisation d'appel refusée.
- Community Association of New Yaletown v. City of Vancouver*, (B.C.), 36490, leave to appeal refused with costs, 29.10.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Compagnie minière IOC inc. c. Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*, (Qc), 36332, leave to appeal refused with costs, 15.10.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- ConocoPhillips Canada Resources Corp. v. Minister of National Revenue*, (F.C.), 36304, leave to appeal refused with costs, 8.10.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Corporation of the City of Windsor v. Canadian Transit Co.*, (F.C.), 36465, leave to appeal granted with costs in the cause, 8.10.15, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Côté c. Fédération des producteurs acéricoles du Québec*, (Qc), 36367, leave to appeal refused with costs, 10.9.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- D.J.S. v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 36444, leave to appeal refused, 10.9.15, autorisation d'appel refusée.
- Davidson v. 1773907 Alberta Ltd.*, (Alta.), 36501, leave to appeal refused with costs, 3.12.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dion c. Compagnie de Services de Financement Automobile Primus Canada*, (Qc), 36392, leave to appeal and cross-appeal refused with costs, 24.9.15, autorisations d'appel et d'appel incident refusées avec dépens.
- Doak v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America*, (B.C.) (Crim.), 36469, leave to appeal refused, 29.10.15, autorisation d'appel refusée.
- Donaldson v. Western Grain By-Products Storage Ltd.*, (F.C.), 36420, leave to appeal refused with costs, 24.9.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Duffield v. City of Prince Albert*, (Sask.), 36498, leave to appeal refused with costs, 19.11.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- E.L. v. G.B.*, (Que.), 36628, leave to appeal refused with costs, 10.12.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Endean v. The Queen in Right of the Province of British Columbia*, (B.C.), 35843, leave to appeal granted, 5.11.15, autorisation d'appel accordée.
- Erasmus v. Attorney General of Canada*, (F.C.) (Crim.), 36510, leave to appeal refused, 5.11.15, autorisation d'appel refusée.
- Fashoranti v. College of Physicians and Surgeons of Nova Scotia*, (N.S.), 36428, leave to appeal refused with costs, 3.9.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Faucher c. Directeur des poursuites criminelles et pénales*, (Qc) (Crim.), 36443, leave to appeal refused, 17.9.15, autorisation d'appel refusée.
- Fédération des producteurs acéricoles du Québec c. S.K. Export Inc.*, (N.-B.), 36551, leave to appeal refused with costs, 17.12.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fiorilli v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36517, leave to appeal refused, 5.11.15, autorisation d'appel refusée.
- Fong v. The Queen*, (F.C.), 36509, leave to appeal refused with costs, 29.10.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Foustanellas v. Ottawa Community Housing Corp.*, (Ont.), 36515, leave to appeal refused with costs, 10.12.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gargantiel v. Attorney General of Quebec*, (Que.), 36388, leave to appeal granted with costs in the cause, 19.11.15, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Garneau v. Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc.*, (Ont.), 36474, leave to appeal refused with costs, 15.10.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gee v. Westerhof*, (Ont.), 36445, leave to appeal refused with costs, 29.10.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Getahun v. Moore*, (Ont.), 36363, leave to appeal refused with costs, 17.9.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Godbout c. Pagé*, (Qc), 36385, leave to appeal granted, 19.11.15, autorisation d'appel accordée.

- Green v. Law Society of Manitoba*, (Man.), 36583, leave to appeal granted with costs in the cause, 10.12.15, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Green v. The Queen*, (Man.) (Crim.), 36558, leave to appeal refused, 17.12.15, autorisation d'appel refusée.
- Grenier c. St-Hilaire*, (Qc), 36355, leave to appeal refused, 24.9.15, autorisation d'appel refusée.
- Groupe Jean Coutu (PJC) inc. c. Procureur général du Canada*, (Qc), 36505, leave to appeal granted with costs in the cause, 19.11.15, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Guimont c. RNC Média inc.*, (Qc), 36453, leave to appeal refused, 17.9.15, autorisation d'appel refusée.
- Harris v. The Queen*, (F.C.), 36481, leave to appeal refused, 5.11.15, autorisation d'appel refusée.
- Harrison v. British Columbia (Law Society)*, (B.C.), 36588, leave to appeal refused with costs, 17.12.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hodutu v. Bulger*, (Ont.), 36432, leave to appeal refused, 24.9.15, autorisation d'appel refusée.
- Hu v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 36441, leave to appeal refused, 24.9.15, autorisation d'appel refusée.
- Huang v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America*, (Ont.) (Crim.), 36433, leave to appeal refused, 8.10.15, autorisation d'appel refusée.
- Hud v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 36540, leave to appeal refused with costs, 19.11.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Huerto v. Salte*, (Sask.), 36438, leave to appeal refused with costs, 15.10.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Immeubles H.T.H. inc. c. Plaza Chevrolet Buick GMC Cadillac inc.*, (Qc), 36381, leave to appeal refused with costs, 24.9.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Information and Privacy Commissioner of Alberta v. Board of Governors of the University of Calgary*, (Alta.), 36460, leave to appeal granted with costs in the cause, 29.10.15, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- J.B. v. Minister of Social Services on behalf of the Government of Saskatchewan*, (Sask.), 36424, leave to appeal refused, 20.8.15, autorisation d'appel refusée.
- Jackes v. The Queen*, (F.C.), 36519, leave to appeal refused, 5.11.15, autorisation d'appel refusée.
- Jannesar c. Yousuf*, (Qc), 36271, leave to appeal refused with costs, 29.10.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Jivraj v. Baynham*, (B.C.), 36531, leave to appeal refused with costs, 26.11.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Johnson v. The Queen*, (F.C.), 36399, leave to appeal refused with costs, 13.8.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Johnson v. The Queen*, (F.C.), 36400, leave to appeal refused with costs, 13.8.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Johnson-Richard c. Bilodeau*, (Qc), 36488, leave to appeal refused with costs, 29.10.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Joshi v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, (F.C.), 36439, leave to appeal refused with costs, 24.9.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Joshi v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, (F.C.), 36440, leave to appeal refused with costs, 24.9.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Kagimbi c. Procureur général du Canada*, (C.F.), 36534, leave to appeal refused with costs, 5.11.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Kaminski v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 36520, leave to appeal refused, 3.12.15, autorisation d'appel refusée.
- Kanagendran v. Minister of Citizenship and Immigration Canada*, (F.C.), 36508, leave to appeal refused with costs, 19.11.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Khaiter v. The Queen in Right of Ontario*, (Ont.), 36576, leave to appeal refused with costs, 26.11.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Khaper v. Air Canada*, (F.C.), 36477, leave to appeal refused with costs, 10.12.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Klepper c. Ville de Westmount*, (Qc), 36362, leave to appeal refused with costs, 24.9.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Klevering v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 35620, leave to appeal refused, 17.12.15, autorisation d'appel refusée.
- Klippenstein v. Manitoba Ombudsman*, (Man.), 36470, leave to appeal refused, 13.8.15, autorisation d'appel refusée.
- Krieger v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 36323, leave to appeal refused, 13.8.15, autorisation d'appel refusée.
- Krzyz v. The Queen*, (F.C.), 36560, leave to appeal refused, 5.11.15, autorisation d'appel refusée.
- Krzyz v. The Queen*, (F.C.), 36561, leave to appeal refused, 5.11.15, autorisation d'appel refusée.
- Labossière c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 36563, leave to appeal refused, 19.11.15, autorisation d'appel refusée.
- Lac v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 36522, leave to appeal refused with costs, 19.11.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lai v. Minister of Public Safety and Emergency Preparedness*, (F.C.), 36361, leave to appeal refused with costs, 24.9.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lambert v. Whirlpool Canada LP*, (Que.), 36425, leave to appeal refused with costs, 29.10.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lampron c. Énergie Algonquin (Sainte-Brigitte) Inc.*, (Qc), 36405, leave to appeal refused with costs, 15.10.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, (Alta.), 36452, leave to appeal granted with costs in the cause, 24.9.15, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Lévesque c. Marcotte*, (Qc), 36446, leave to appeal refused with costs, 24.9.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Li v. Minister of Citizenship and Immigration*, (F.C.), 36404, leave to appeal refused, 13.8.15, autorisation d'appel refusée.
- Lin v. Rock*, (Ont.), 36543, leave to appeal refused with costs, 8.10.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada*, (Qc), 36373, leave to appeal granted with costs in the cause, 10.9.15, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Lockyer-Kash v. Workers' Compensation Board of British Columbia*, (B.C.), 36375, leave to appeal refused, 24.9.15, autorisation d'appel refusée.
- Mann v. Bennett Jones LLP*, (Alta.), 36493, leave to appeal refused with costs, 15.10.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Maracle v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 36455, leave to appeal refused with costs, 29.10.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- March v. Attorney General of Canada representing the United States of America*, (Que.) (Crim.), 36215, leave to appeal refused, 29.10.15, autorisation d'appel refusée.
- Marleau c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 36436, leave to appeal refused, 29.10.15, autorisation d'appel refusée.
- Martin v. The Queen*, (F.C.), 36479, leave to appeal refused with costs, 29.10.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- McKinnon v. Attorney General of Quebec*, (Que.), 36397, leave to appeal refused, 3.12.15, autorisation d'appel refusée.

- Meer v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 36448, leave to appeal refused, 15.10.15, autorisation d'appel refusée.
- Michalakopoulos c. Chénard*, (Qc), 36270, leave to appeal refused with costs, 10.12.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Milunovic c. Bélanger*, (Qc), 36553, leave to appeal refused, 5.11.15, autorisation d'appel refusée.
- Minister of Citizenship and Immigration v. Ishaq*, (F.C.) (Crim.), 36619, notice of discontinuance filed, 16.11.15, avis de désistement produit.
- Modry v. Alberta Health Services*, (Alta.), 36624, notice of discontinuance filed, 7.12.15, avis de désistement produit.
- Morasse c. Nadeau-Dubois*, (Qc), 36351, leave to appeal granted with costs in the cause, 22.10.15, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Moulton Contracting Ltd. v. The Queen in Right of the Province of British Columbia*, (B.C.), 36402, leave to appeal refused with costs, 22.10.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mullings v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36494, leave to appeal refused, 10.12.15, autorisation d'appel refusée.
- Municipalité de Saint-Augustin v. Société des traversiers du Québec*, (Que.), 36340, leave to appeal refused with costs, 24.9.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Musqueam Indian Band v. Musqueam Indian Band Board of Review*, (B.C.), 36478, leave to appeal granted with costs in the cause, 29.10.15, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Neumann c. Comité exécutif du Collège des médecins*, (Qc), 36374, leave to appeal refused with costs, 24.9.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ngambo c. La Reine*, (N.-B.) (Crim.), 36422, leave to appeal refused, 20.8.15, autorisation d'appel refusée.
- Nguyen c. Procureure générale du Québec*, (Qc), 36511, leave to appeal refused, 29.10.15, autorisation d'appel refusée.
- Ntibarimungu v. Insurance Corp. of British Columbia*, (B.C.), 36423, leave to appeal refused with costs, 10.9.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Oommen v. Ramjohn*, (Alta.), 36382, leave to appeal refused, 13.8.15, autorisation d'appel refusée.
- Pacific Newspaper Group Inc. v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 2000*, (B.C.), 36305, leave to appeal refused with costs, 29.10.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Parsons v. The Queen in Right of Ontario*, (Ont.), 36456, leave to appeal and cross-appeal granted, 5.11.15, autorisations d'appel et d'appel incident accordées.
- Patenaude c. Ville de Longueuil*, (Qc) (Crim.), 36589, leave to appeal refused, 10.12.15, autorisation d'appel refusée.
- Peterborough Regional Health Centre v. Hesse*, (Ont.), 36393, leave to appeal refused, 29.10.15, autorisation d'appel refusée.
- Petre v. Petre*, (Ont.), 36427, leave to appeal refused, 13.8.15, autorisation d'appel refusée.
- Philip v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 36512, leave to appeal refused, 5.11.15, autorisation d'appel refusée.
- Procureure générale du Québec c. Syndicat des enseignants du CÉGEP de Shawinigan*, (Qc), 36409, leave to appeal refused with costs, 15.10.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Provost v. Attorney General of Canada representing the United States of America*, (Que.) (Crim.), 36526, leave to appeal refused, 3.12.15, autorisation d'appel refusée.
- Quarmby v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 36353, leave to appeal refused with costs, 10.9.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Qumsyeh v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America*, (Ont.) (Crim.), 36593, leave to appeal refused, 3.12.15, autorisation d'appel refusée.
- R. v. J.K.*, (N.L.) (Crim.), 36457, leave to appeal refused, 24.9.15, autorisation d'appel refusée.

- R. v. Kennedy*, (Sask.) (Crim.), 36463, leave to appeal refused, 29.10.15, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Newman*, (B.C.) (Crim.), 36524, leave to appeal refused, 19.11.15, autorisation d'appel refusée.
- R. c. Sealy*, (Qc) (Crim.), 36484, leave to appeal refused, 19.11.15, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Villaroman*, (Alta.) (Crim.), 36435, leave to appeal granted, 3.9.15, autorisation d'appel accordée.
- Reid v. Gillingham*, (N.B.), 36485, leave to appeal refused with costs, 8.10.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Richards v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36550, leave to appeal refused, 17.12.15, autorisation d'appel refusée.
- Rio Tinto Alcan Inc. v. Thomas*, (B.C.), 36480, leave to appeal refused with costs, 15.10.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Rocks v. Ian Savage Professional Corp.*, (Alta.), 36454, leave to appeal refused with costs, 1.10.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Rose v. The Queen in Right of the Province of New Brunswick*, (N.B.), 36486, leave to appeal refused with costs, 15.10.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sabean v. Portage La Prairie Mutual Insurance Co.*, (N.S.), 36575, leave to appeal granted with costs in the cause, 17.12.15, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Saskatchewan Democratic Action Party v. Boda*, (Sask.), 36604, leave to appeal refused with costs, 26.11.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Schertzer v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36487, leave to appeal refused, 29.10.15, autorisation d'appel refusée.
- Scott & Associates Engineering Ltd. v. Finavera Renewables Inc.*, (Alta.), 36380, leave to appeal refused with costs, 29.10.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sebben v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36459, leave to appeal refused, 29.10.15, autorisation d'appel refusée.
- Semenoff v. Bridgeman*, (B.C.), 36461, leave to appeal refused with costs, 10.9.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sidhu v. Pitblado LLP*, (Man.), 36527, leave to appeal refused with costs, 29.10.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Simon v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 36352, leave to appeal refused with costs, 22.10.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Siri Guru Nanak Sikh Gurdwara of Alberta v. Sandhu*, (Alta.), 36426, leave to appeal refused with costs, 13.8.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Soboczynski v. Beauchamp*, (Ont.), 36489, leave to appeal refused with costs, 19.11.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Société d'assurance générale Northbridge c. Fonds Cirvek I, S.E.C.*, (Qc), 36366, leave to appeal refused with costs, 24.9.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Staetter v. Director of Adult Forensic Psychiatric Services*, (B.C.) (Crim.), 36396, leave to appeal refused, 10.9.15, autorisation d'appel refusée.
- Steel v. Coast Capital Savings Credit Union*, (B.C.), 36434, leave to appeal refused with costs, 17.9.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sunshine v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 36430, leave to appeal refused, 15.10.15, autorisation d'appel refusée.
- Syndicat des travailleurs de l'éducation de l'Est du Québec c. Commission scolaire des Îles*, (Qc), 36257, leave to appeal refused with costs, 13.8.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Szeto v. Cruise Connections Canada*, (B.C.), 36683, notice of discontinuance filed, 16.11.15, avis de désistement produit.

- Teal Cedar Products Ltd. v. The Queen in Right of the Province of British Columbia*, (B.C.), 36595, leave to appeal granted with costs in the cause, 30.11.15, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Thibault c. Cloutier*, (Qc), 36418, leave to appeal refused with costs, 24.9.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Togstad v. Surface Rights Board*, (Alta.), 36544, leave to appeal refused with costs, 3.12.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tuduce v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36535, leave to appeal refused, 10.12.15, autorisation d'appel refusée.
- Turcotte c. Agence du revenu du Québec*, (Qc), 36372, leave to appeal refused with costs, 13.8.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Turmel v. The Queen*, (F.C.), 36415, leave to appeal refused, 24.9.15, autorisation d'appel refusée.
- Verdun v. Astley*, (Ont.), 36586, leave to appeal refused with costs, 19.11.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ville de Laval c. Frères Maristes (Iberville)*, (Qc), 36044, leave to appeal refused with costs, 3.12.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Viscomi v. Attorney General of Canada*, (Ont.) (Crim.), 36648, leave to appeal refused, 17.12.15, autorisation d'appel refusée.
- Volcko v. Volcko*, (N.S.), 36384, leave to appeal refused with costs, 20.8.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Walchuk v. Canada (Minister of Justice)*, (F.C.), 36467, leave to appeal refused, 15.10.15, autorisation d'appel refusée.
- Waskowec v. The Queen in Right of Ontario*, (Ont.) (Crim.), 36416, leave to appeal refused, 13.8.15, autorisation d'appel refusée.
- Wasserman v. Foncière 384 St-Jacques Inc.*, (Que.), 36491, leave to appeal refused with costs, 15.10.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Webster v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 36635, leave to appeal refused, 17.12.15, autorisation d'appel refusée.
- Whitney v. Information and Privacy Commissioner of Ontario*, (Ont.), 36401, leave to appeal refused, 13.8.15, autorisation d'appel refusée.
- Williams v. Cabana*, (N.L.), 36387, leave to appeal refused, 19.11.15, autorisation d'appel refusée.
- Wilson v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 36525, leave to appeal refused, 5.11.15, autorisation d'appel refusée.
- Wong v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 36577, leave to appeal refused, 24.12.15, autorisation d'appel refusée.
- Zugravescu c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 36559, leave to appeal refused, 24.12.15, autorisation d'appel refusée.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the “Indexed as” entry in each case).

	PAGE		PAGE
407 ETR Concession Co. v. Canada (Superintendent of Bankruptcy)	397	G	
A		Goodwin v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)	251
Alberta, Caron v.	511	Green, Canadian Imperial Bank of Commerce v. ...	801
Alberta (Attorney General) v. Moloney	327	Guindon v. Canada	3
Alberta (Utilities Commission), ATCO Gas and Pipelines Ltd. v.	219	H	
Appulonappa, R. v.	754	Hecimovic, R. v.	483
ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Utilities Commission)	219	K	
B		Kanthasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)	909
B010 v. Canada (Citizenship and Immigration) ...	704	L	
British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles), Goodwin v.	251	Lacasse, R. v.	1089
British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles), Wilson v.	300	Lemare Lake Logging Ltd., Saskatchewan (Attorney General) v.	419
C		M	
Canada, Guindon v.	3	M.M. v. United States of America	973
Canada (Citizenship and Immigration), B010 v. ...	704	McKenna, R. v.	1087
Canada (Citizenship and Immigration), Kanthasamy v.	909	Moloney, Alberta (Attorney General) v.	327
Canada (Superintendent of Bankruptcy), 407 ETR Concession Co. v.	397	Moriarity, R. v.	485
Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.	615	O	
Canadian Imperial Bank of Commerce v. Green ...	801	Ontario (Energy Board) v. Ontario Power Generation Inc.	147
Caron v. Alberta	511	Ontario Power Generation Inc., Ontario (Energy Board) v.	147
Chevron Corp. v. Yaiguaje	69		

R		U	
R. v. Appulonappa	754	United States of America, M.M. v.	973
R. v. Hecimovic	483	W	
R. v. Lacasse	1089	Wilson v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)	300
R. v. McKenna	1087	Y	
R. v. Moriarity	485	Yaiguaje, Chevron Corp. v.	69
R. v. Riesberry	1167		
Riesberry, R. v.	1167		
S			
Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.	419		
SODRAC 2003 Inc., Canadian Broadcasting Corp. v.	615		
Structal Heavy Steel, Stuart Olson Dominion Construction Ltd. v.	127		
Stuart Olson Dominion Construction Ltd. v. Structal Heavy Steel	127		

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique « Répertoire » dans chaque arrêt.

	PAGE		PAGE
407 ETR Concession Co. c. Canada (Surintendant des faillites)	397	G	
A		Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)	251
Alberta, Caron c.	511	Green, Banque Canadienne Impériale de Commerce c.	801
Alberta (Procureur général) c. Moloney	327	Guindon c. Canada	3
Alberta (Utilities Commission), ATCO Gas and Pipelines Ltd. c.	219	H	
Appulonappa, R. c.	754	Hecimovic, R. c.	483
ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Utilities Commission)	219	K	
B		Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)	909
B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)	704	L	
Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Green	801	Lacasse, R. c.	1089
C		Lemare Lake Logging Ltd., Saskatchewan (Procureur général) c.	419
Canada, Guindon c.	3	M	
Canada (Citoyenneté et Immigration), B010 c.	704	M.M. c. États-Unis d'Amérique	973
Canada (Citoyenneté et Immigration), Kanthasamy c.	909	McKenna, R. c.	1087
Canada (Surintendant des faillites), 407 ETR Concession Co. c.	397	Moloney, Alberta (Procureur général) c.	327
Caron c. Alberta	511	Moriarity, R. c.	485
Chevron Corp. c. Yaiguaje	69	O	
Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles), Goodwin c.	251	Ontario (Commission de l'énergie) c. Ontario Power Generation Inc.	147
Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles), Wilson c.	300	Ontario Power Generation Inc., Ontario (Commission de l'énergie) c.	147
E			
États-Unis d'Amérique, M.M. c.	973		

R

R. c. Appulonappa	754
R. c. Hecimovic	483
R. c. Lacasse	1089
R. c. McKenna	1087
R. c. Moriarity	485
R. c. Riesberry	1167
Riesberry, R. c.	1167

S

Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare Lake Logging Ltd.	419
Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.	615
SODRAC 2003 Inc., Société Radio-Canada c.	615
Structal Heavy Steel, Stuart Olson Dominion Construction Ltd. c.	127
Stuart Olson Dominion Construction Ltd. c. Struc- tal Heavy Steel	127

W

Wilson c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)	300
--	-----

Y

Yaiguaje, Chevron Corp. c.	69
---------------------------------	----

TABLE OF CASES CITED

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)	2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241	346, 383, 439
407 ETR Concession Co. v. Canada (Superintendent of Bankruptcy) ...	2015 SCC 52, [2015] 3 S.C.R. 397	362
407 ETR Concession Co. v. Ontario (Registrar of Motor Vehicles)...	(2005), 82 O.R. (3d) 703	408
A		
A.B. v. Bragg Communications Inc.	2012 SCC 46, [2012] 2 S.C.R. 567	934, 1079
A.C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services)	2009 SCC 30, [2009] 2 S.C.R. 181	933
Abdula v. Canadian Solar Inc.	2011 ONSC 5105, 92 B.L.R. (4th) 324	121
Aboubacar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2014 FC 714	942
Abu Dhabi Commercial Bank PJSC v. Saad Trading, Contracting and Financial Services Co.	986 N.Y.S.2d 454 (2014)	107
Adam v. United States of America	(2003), 64 O.R. (3d) 268	1044
Adams v. Cape Industries Plc.	[1990] 1 Ch. 433	120
Adler v. Ontario	[1996] 3 S.C.R. 609	603
Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)	2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559	927, 1059
Aguinda v. Texaco, Inc.	303 F.3d 470 (2002)	80
AIC Limited v. Fischer	2013 SCC 69, [2013] 3 S.C.R. 949	872
Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society	2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261	561
Alberta (Attorney General) v. Moloney	2015 SCC 51, [2015] 3 S.C.R. 327	402, 416
Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)	2012 SCC 37, [2012] 2 S.C.R. 345	678
Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association	2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654	183, 232, 310, 640, 718
Andrews v. Law Society of British Columbia	[1989] 1 S.C.R. 143	941
Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)	2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248	782
Ardoch Algonquin First Nation v. Canada (Attorney General)	2003 FCA 473, [2004] 2 F.C.R. 108	59
Argentina v. Mellino	[1987] 1 S.C.R. 536	1070
Artell Developments Ltd. v. 677950 Ontario Ltd.	[1993] 2 S.C.R. 443	23
ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)	2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140	189, 232
ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta Utilities Commission	2009 ABCA 246, 464 A.R. 275	232
Attorney-General v. Wilts United Dairies, Ltd.	(1921), 37 T.L.R. 884	665
Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia	[1982] 2 S.C.R. 307	349, 437
Attorney General of Manitoba v. Forest	[1979] 2 S.C.R. 1032	540
B		
B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto	[1995] 1 S.C.R. 315	290
B.C.G.E.U. v. Indust. Rel. Council	(1988), 26 B.C.L.R. (2d) 145	172

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
B.C.T.F. v. British Columbia (Attorney General)	2009 BCSC 436, 94 B.C.L.R. (4th) 267	58
B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)	2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704	767
Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1999] 2 S.C.R. 817	926, 955, 1037, 1079
Bank of Montreal v. Hall	(1985), 46 Sask. R. 182	22
Bank of Montreal v. Hall	[1990] 1 S.C.R. 121	22, 348, 387, 447, 475
Bank of Montreal v. Marcotte	2014 SCC 55, [2014] 2 S.C.R. 725	348, 436
Basarsky v. Quinlan	[1972] S.C.R. 380	868
Base Metal Trading, Ltd. v. OJSC “Novokuznetsky Aluminum Factory”	283 F.3d 208 (2002)	108
BCE Inc. v. 1976 Debentureholders	2008 SCC 69, [2008] 3 S.C.R. 560	126
Beals v. Saldanha	2003 SCC 72, [2003] 3 S.C.R. 416	83
Bekker v. Minister of National Revenue	2004 FCA 186, 323 N.R. 195	57
Bell Canada v. Bell Aliant Regional Communications	2009 SCC 40, [2009] 2 S.C.R. 764	186
Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex	2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559	24, 311, 719, 844
Bikur Cholim Jewish Volunteer Services v. Langston	2009 ONCA 196, 94 O.R. (3d) 401	866, 881
Bishop v. Stevens	[1990] 2 S.C.R. 467	629, 674
Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)	2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307	275
BNP Paribas (Canada) v. Mécs	(2002), 60 O.R. (3d) 205	105
Borowski v. Canada (Attorney General)	[1989] 1 S.C.R. 342	434
Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.	2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R. 214	847
Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)	2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533	314
British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.....	2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473	375
British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General)	[1994] 2 S.C.R. 41	537
British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.	2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86	345, 381, 412, 439
British Columbia Electric Railway Co. v. Public Utilities Commission of British Columbia	[1960] S.C.R. 837	191
British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band	2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371	290, 563
British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU	[1999] 3 S.C.R. 3	941
British Columbia Securities Commission v. Branch	[1995] 2 S.C.R. 3	281, 293
Buchanan v. Superline Fuels Inc.	2007 NSCA 68, 255 N.S.R. (2d) 286.....	367
Buhlers v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)	1999 BCCA 114, 170 D.L.R. (4th) 344	318
Buhlers v. Superintendent of Motor Vehicles (B.C.)	1999 BCCA 0114, 119 B.C.A.C. 207	264
C		
Cadillac Fairview Inc., Re	(1995), 30 C.B.R. (3d) 17.....	445
CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.	[1989] 2 S.C.R. 983	172
Canada v. Schmidt	[1987] 1 S.C.R. 500	989, 1070
Canada (Attorney General) v. Aziz	2013 BCCA 414, 342 B.C.A.C. 305	1017, 1078
Canada (Attorney General) v. Bedford	2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101	56, 497, 769
Canada (Attorney General) v. Bennett	2014 BCCA 145, 353 B.C.A.C. 311	1016
Canada (Attorney General) v. Hislop	2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429	857
Canada (Attorney General) v. Hislop	2009 BCCA 94, 267 B.C.A.C. 155	1016
Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society	2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134	343

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Canada (Attorney General) v. Quadri	2010 FCA 246, [2012] 2 F.C.R. 3	175
Canada (Attorney General) v. Sosa	2012 ABCA 242, 536 A.R. 61	1017
Canada (Attorney General) v. United States Steel Corp.	2011 FCA 176, 333 D.L.R. (4th) 1	42, 275
Canada (Attorney General) v. Viscomi	2014 ONCA 879, 329 O.A.C. 47	1016
Canada (Commissioner of Competition) v. Chatr Wireless Inc.	2013 ONSC 5315, 288 C.R.R. (2d) 297	44
Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)	2011 SCC 25, [2011] 2 S.C.R. 306	314
Canada (Justice) v. Fischbacher	2009 SCC 46, [2009] 3 S.C.R. 170	993, 1055
Canada (Minister of Justice) v. Gorcyca	2007 ONCA 76, 220 O.A.C. 35	1017
Canada (Minister of Justice) v. Thomson	2005 CanLII 5078	1039, 1077
Canada Post Corp. v. Lépine	2009 SCC 16, [2009] 1 S.C.R. 549	113
Canada (Superintendent of Bankruptcy) v. 407 ETR Concession Company Ltd.	2013 ONCA 769, 118 O.R. (3d) 161	388
Canadian Bank of Commerce v. T. McAvity & Sons, Ltd.	[1959] S.C.R. 478	141
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)	2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76	933, 1037
Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.	[1979] 2 S.C.R. 227	61, 696
Canadian Western Bank v. Alberta	2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3	271, 343, 382, 411, 435, 461
CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)	[1999] 1 S.C.R. 743	311
Caplin v. Canada (Justice)	2015 SCC 32, [2015] 2 S.C.R. 56	8
Carter v. Canada (Attorney General)	2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331	498, 769
Cassano v. Toronto Dominion Bank	2007 ONCA 781, 87 O.R. (3d) 401	901
Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)	2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379	351, 444, 460
Chandler v. Alberta Association of Architects	[1989] 2 S.C.R. 848	180
Charlebois v. Saint John (City)	2005 SCC 74, [2005] 3 S.C.R. 563	313
Charron v. Banque provinciale du Canada	[1936] O.W.N. 315	121
Chatterjee v. Ontario (Attorney General)	2009 SCC 19, [2009] 1 S.C.R. 624	269
Chen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2003 FCT 447, 232 F.T.R. 118	931
Chevron Corp. v. Donziger	768 F.Supp.2d 581 (2011)	81
Chevron Corp. v. Donziger	974 F.Supp.2d 362 (2014)	81
Chevron Corp. v. Naranjo	667 F.3d 232 (2012)	81
Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84	937, 955
Chirwa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	(1970), 4 I.A.C. 338	924, 959
CIBC Mortgage Corp. v. Manson	(1984), 32 Sask. R. 303	859
Cinar Corporation v. Robinson	2013 SCC 73, [2013] 3 S.C.R. 1168	678
Citation Industries Ltd. v. C.J.A., Loc. 1928	(1988), 53 D.L.R. (4th) 360	20
Clarke v. Clarke	[1990] 2 S.C.R. 795	349
Club Resorts Ltd. v. Van Breda	2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572	83
Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.	2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458	969
Conseil scolaire francophone de la Colombie Britannique v. British Columbia	2013 SCC 42, [2013] 2 S.C.R. 774	563
Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)	[1999] 2 S.C.R. 203	56
Corporation professionnelle des médecins du Québec v. Thibault	[1988] 1 S.C.R. 1033	21
Coulson v. Citigroup Global Markets Canada Inc.	2010 ONSC 1596, 92 C.P.C. (6th) 301	846

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Coulson v. Citigroup Global Markets Canada Inc.	2012 ONCA 108, 288 O.A.C. 355	846
Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.	2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650	695
Couture v. Bouchard	(1892), 21 S.C.R. 281	858
CSA8-Garden Village LLC v. Dewar	2013 ONSC 6229, 369 D.L.R. (4th) 125	109
D		
D.N. v. New Brunswick (Minister of Health and Community Services) ...	(1992), 127 N.B.R. (2d) 383	58
Davis v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2011 FC 97, 96 Imm. L.R. (3d) 267	938
de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655	726
Dedman v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 2	269
Del Zotto v. Canada	[1997] 3 F.C. 40	280
Delgamuukw v. British Columbia	[1997] 3 S.C.R. 1010	573
Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs	2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801	847
Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board ...	[1985] 1 S.C.R. 785	349
DesRochers v. Canada (Industry)	2009 SCC 8, [2009] 1 S.C.R. 194	563
Diarra v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2006 FC 1515	926
Dilollo Estate (Trustee of) v. I.F. Propco Holdings (Ontario) 36 Ltd. ...	2013 ONCA 550, 117 O.R. (3d) 81	895
Divakaran v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2011 FC 633	941
Dubois v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 366	1003
Dugal v. Manulife Financial Corp.	2011 ONSC 1764	866, 881
Dunsmuir v. New Brunswick	2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190	183, 232, 310, 641, 696, 937, 961
Duquesne Light Co. v. Barasch	488 U.S. 299 (1989)	190
E		
Eaton v. Brant County Board of Education	[1997] 1 S.C.R. 241	19, 47
Edgewater Casino Inc., Re	2009 BCCA 40, 265 B.C.A.C. 274	445
Electrolines, Inc. v. Prudential Assurance Co.	677 N.W.2d 874 (2004)	107
Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)	2001 SCC 4, [2001] 1 S.C.R. 221	173
Enbridge Gas Distribution Inc. v. Ontario Energy Board	(2006), 210 O.A.C. 4	170, 209, 234
Enbridge Gas Distribution Inc. (Re)	2002 LNONOEB 4 (QL)	209
Enersource Hydro Mississauga Inc. (Re)	2012 LNONOEB 373 (QL)	209
Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada	2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231	629, 669
Euro Excellence Inc. v. Kraft Canada Inc.	2007 SCC 37, [2007] 3 S.C.R. 20	678
F		
Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)	2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431	735, 777
Flores v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2013 FC 1002	930
Ford v. Quebec (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 712	290, 608
France v. Diab	2014 ONCA 374, 120 O.R. (3d) 174	1011
Frohlick v. Pinkerton Canada Ltd.	2008 ONCA 3, 88 O.R. (3d) 401	869
Fulawka v. Bank of Nova Scotia	2012 ONCA 443, 111 O.R. (3d) 346	902

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
G		
Gallo v. Beber	(1998), 116 O.A.C. 340	858
Ganis v. Canada (Minister of Justice)	2006 BCCA 543, 233 B.C.A.C. 243	1040
Garland v. Consumers' Gas Co.	2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629	345
General Motors Acceptance Corp. of Canada Ltd. v. Perozni	(1965), 52 W.W.R. 32	581
General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing	[1989] 1 S.C.R. 641	438
Gentra Canada Investments Inc. v. Lehndorff United Properties (Canada)	(1995), 169 A.R. 138	449
Gitxsan Treaty Society v. Hospital Employees' Union	[2000] 1 F.C. 135	59
Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission) ...	2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494	782
GMAC Commercial Credit Corp. — Canada v. T.C.T. Logistics Inc. ...	2006 SCC 35, [2006] 2 S.C.R. 123	355, 448, 468
Gonzalez v. Driver Control Board (Alta.)	2003 ABCA 256, 330 A.R. 262	271
Goodwin v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) ...	2015 SCC 46, [2015] 3 S.C.R. 250	304
Gordon v. Goertz	[1996] 2 S.C.R. 27	933
Gorguis v. Saskatchewan Government Insurance	2011 SKQB 132, 372 Sask. R. 152	364
Gosling v. Veley	(1850), 12 Q.B. 328, 116 E.R. 891	665
GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.	2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401	725
Guindon v. Canada	2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3	273
Gunn v. Harper	(1902), 3 O.L.R. 693	857
H		
H. v. Lord Advocate	[2012] UKSC 24, [2013] 1 A.C. 413	1040
H. (H.) v. Deputy Prosecutor of the Italian Republic	[2012] UKSC 25, [2013] 1 A.C. 338	1040
Ha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2004 FCA 49, [2004] 3 F.C.R. 195	932
Haaksman v. Diamond Offshore (Bermuda), Ltd.	260 S.W.3d 476 (2008)	107
Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)	2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511	561
Hanfstaengl v. Empire Palace	[1894] 3 Ch. 109	667
Harless v. United States	1 Morris 169 (1843)	1172
Hawthorne v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2002 FCA 475, [2003] 2 F.C. 555	931
Henthorne v. British Columbia Ferry Services Inc.	2011 BCCA 476, 344 D.L.R. (4th) 292	177
Hernandez Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)	2012 FCA 324, [2014] 2 F.C.R. 224	718
Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2005 SCC 57, [2005] 2 S.C.R. 706	936
Hilton v. Guyot	159 U.S. 113 (1895)	102
Hogarth v. Hogarth	[1945] 3 D.L.R. 78	858
Hollick v. Toronto (City)	2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158	888
Holst v. Grenier	(1987), 65 Sask. R. 257	858
Horsefield v. Ontario (Registrar of Motor Vehicles)	(1999), 44 O.R. (3d) 73	271
Hryniak v. Mauldin	2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87	27, 858
Hubert v. DeCamillis	(1963), 41 D.L.R. (2d) 495	857
Hunt v. T&N plc	[1993] 4 S.C.R. 289	100
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145	278, 292, 609
Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue	[1995] 3 S.C.R. 453	344, 384, 411

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
I		
In re D. (Abduction: Rights of Custody)	[2006] UKHL 51, [2007] 1 A.C. 619	1063
Incorporated Broadcasters Ltd. v. Canwest Global Communications Corp.	(2003), 63 O.R. (3d) 431	121
Industrial Acceptance Corp. v. Lalonde	[1952] 2 S.C.R. 109	353
Ingersoll Packing Co. v. New York Central and Hudson River R.R. Co.	(1918), 42 O.L.R. 330	120
Ionson v. The Queen	(1987), 4 C.M.A.R. 433	508
Irimie v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	(2000), 10 Imm. L.R. 206	928
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)	[1989] 1 S.C.R. 927	348, 439
J		
Jacob v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2012 FC 1382, 423 F.T.R. 1	957
Jacob's Hold Inc. v. Canadian Imperial Bank of Commerce	(2000), 52 O.R. (3d) 776	473
Joseph v. Paramount Canada's Wonderland	2008 ONCA 469, 90 O.R. (3d) 401	866, 881
K		
Keller v. Canada	1995 CarswellNat 569 (WL Can.)	36
Kim v. Canada (Citizenship and Immigration)	2010 FC 149, [2011] 2 F.C.R. 448	936
Kindler v. Canada (Minister of Justice)	[1991] 2 S.C.R. 779	959, 993, 1055
Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.	2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302	23, 63
Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)	2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146	271
Kolosovs v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2008 FC 165, 323 F.T.R. 181	935
Krueger v. Raccah	(1981), 12 Sask. R. 130	858
Kunze v. Canada (Minister of Justice)	2005 BCCA 87, 209 B.C.A.C. 32	1077
L		
L. W. Bennett Co. v. University of Western Ontario	(1961), 31 D.L.R. (2d) 246	144
Lake v. Canada (Minister of Justice)	2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761	1023, 1075
Lavallee v. Alberta Securities Commission	2010 ABCA 48, 474 A.R. 295	44, 275
Law Society of British Columbia v. Mangat	2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113	344, 386, 436, 462
Lees v. The Queen	[1979] 2 S.C.R. 749	1137
Legault v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2002 FCA 125, [2002] 4 F.C. 358	935, 955
Lenchyshyn v. Pelko Electric, Inc.	723 N.Y.S.2d 285 (2001)	106
Leon's Furniture Ltd. v. Information and Privacy Commissioner (Alta.)	2011 ABCA 94, 502 A.R. 110	175
Letang v. Cooper	[1965] 1 Q.B. 232	895
Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.	2007 SCC 14, [2007] 1 S.C.R. 591	894
Lim v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2002 FCT 956	931, 950
Logan v. Canada (Minister of Health)	2003 CanLII 20308	846, 903
Logan v. Canada (Minister of Health)	(2004), 71 O.R. (3d) 451	824, 899
Love v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2004 FC 1569, 43 Imm. L.R. (3d) 111	926
Lucar, Re	(2001), 32 C.B.R. (4th) 270	374

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
M		
M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.	[1999] 2 S.C.R. 961	346, 381, 412, 436
M. (K.) v. M. (H.)	[1992] 3 S.C.R. 6	845, 903
MacEachern v. The Queen	(1985), 4 C.M.A.R. 447	508
MacGyver v. Richards	(1995), 22 O.R. (3d) 481	934
MacKay v. Manitoba	[1989] 2 S.C.R. 357	56
Manitoba Métis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)	2007 MBQB 293, 223 Man. R. (2d) 42	546, 593
Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)	2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623	529, 584
Maple Lodge Farms Ltd. v. Canada	[1982] 2 S.C.R. 2	932
Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate	2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53 ...	23, 63, 344, 385, 412, 436, 476
Markevich v. Canada	2003 SCC 9, [2003] 1 S.C.R. 94	895
Markson v. MBNA Canada Bank	2007 ONCA 334, 85 O.R. (3d) 321	901
Martineau v. M.N.R.	2004 SCC 81, [2004] 3 S.C.R. 737	30, 273
Martinez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2012 FC 1295, 14 Imm. L.R. (4th) 66	939
Maurice v. Crédit Trans Canada Ltée	[1996] R.J.Q. 894	58
McKenna Estate v. Marshall	(2005), 37 R.P.R. (4th) 222	858
McLean v. British Columbia (Securities Commission)	2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895	173, 235, 310
McVey (Re)	[1992] 3 S.C.R. 475	1001, 1057
Medina v. Bravo	2008 BCSC 1307, 87 B.C.L.R. (4th) 369	857
Mercier v. Canada (Correctional Service)	2010 FCA 167, [2012] 1 F.C.R. 72	59
Méthot v. Montreal Transportation Commission	[1972] S.C.R. 387	842, 896
Mezzo v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 802	1000
Miller, Re	(2001), 27 C.B.R. (4th) 107	367
Minister of Manpower and Immigration v. Hardayal	[1978] 1 S.C.R. 470	923
Mohr v. North American Life Assurance Co.	[1941] 1 D.L.R. 427	20
Monahan v. Nelson	2000 BCCA 297, 76 B.C.L.R. (3d) 109	857
Montego Forest Products Ltd. (Re)	(1998), 37 O.R. (3d) 651	858
Morguard Investments Ltd. v. De Savoye	[1990] 3 S.C.R. 1077	83
Morine v. Parker (L & J) Equipment Inc.	2001 NSCA 53, 193 N.S.R. (2d) 51	20, 63
Morrison v. National Australia Bank Ltd.	561 U.S. 247 (2010)	835
Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General) ...	2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3	288
Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)	2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3	641
Multiple Access Ltd. v. McCutcheon	[1982] 2 S.C.R. 161	343, 382, 412, 436
Muscutt v. Courcelles	(2002), 60 O.R. (3d) 20	118
N		
National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)	[1990] 2 S.C.R. 1324	725
Németh v. Canada (Justice)	2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281	725, 774, 996, 1072
Newfoundland and Labrador v. AbitibiBowater Inc.	2012 SCC 67, [2012] 3 S.C.R. 443	361
Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)	2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708	961
Newfoundland (Workplace Health, Safety and Compensation Commission) v. Ryan Estate	2011 NLCA 42, 308 Nfld. & P.E.I.R. 1	24

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
NIL/TU,O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union.....	2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696	384
Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada	[1980] 1 S.C.R. 115	57
Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton	[1929] S.C.R. 186	162, 171, 207, 225
Nova Scotia Power Inc., Re	2005 NSUARB 27	193
Nova Scotia Power Inc. (Re)	2012 NSUARB 227	193
Novak v. Bond	[1999] 1 S.C.R. 808	845, 903
O		
O'Grady v. Sparling	[1960] S.C.R. 804	270, 349
Ontario v. Rothman's Inc.	2013 ONCA 353, 115 O.R. (3d) 561	118
Ontario (Children's Lawyer) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)	(2005), 75 O.R. (3d) 309	173
Ontario (Energy Board) v. Ontario Power Generation Inc.	2015 SCC 44, [2015] 3 S.C.R. 147	223
Ontario English Catholic Teachers' Assn. v. Ontario (Attorney Gen- eral)	2001 SCC 15, [2001] 1 S.C.R. 470	665
Ontario (Minister of Finance) v. Clarke.....	2013 ONSC 1920, 115 O.R. (3d) 33	362
Ontario Power Generation v. Society of Energy Professionals	[2011] O.L.A.A. No. 117 (QL)	212
Ontario Power Generation Inc. (Re)	EB-2007-0905, November 3, 2008 (online)	165
OPSEU v. Ontario (Attorney General)	[1987] 2 S.C.R. 2	271, 437
Ordon Estate v. Grail	[1998] 3 S.C.R. 437	725
P		
Palmer v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 759	1136, 1165
Paluska v. Cava	(2002), 59 O.R. (3d) 469	58
Pan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2008 FC 1303	950
Pannu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2006 FC 1356	955
Park v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2012 FC 528	931
Parker v. Atkinson	(1993), 104 D.L.R. (4th) 279	858
Patterson v. EM Technologies, Inc.	2013 ONSC 5849	121
Paz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2009 FC 412	955
Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)	2004 SCC 20, [2004] 1 S.C.R. 498	23, 63
Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.	2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678	21
Performing Right Society, Ltd. v. Hammond's Bradford Brewery Co.	[1934] 1 Ch. 121	643
Perka v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 232	1033
Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital	2004 SCC 21, [2004] 1 S.C.R. 528	23, 63
Pollastro v. Pollastro	(1999), 43 O.R. (3d) 485	1063
Power Workers' Union, Canadian Union of Public Employees, Local 1000 v. Ontario Energy Board	2013 ONCA 359, 116 O.R. (3d) 793	233
Prince v. ACE Aviation Holdings Inc.	2013 ONSC 2906, 115 O.R. (3d) 721	121
Pro Swing Inc. v. Elta Golf Inc.	2006 SCC 52, [2006] 2 S.C.R. 612	89
Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation	2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477	902
Provincial Drywall Supply Ltd. v. Gateway Construction Co.	(1993), 85 Man. R. (2d) 116	135
Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan	[1941] S.C.R. 396	266, 355
Provost v. Canada (Procureur général)	2015 QCCA 1172	1077
Pure Fishing, Inc. v. Silver Star Co.	202 F.Supp.2d 905 (2002)	107

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Q		
Quan v. Cusson	2009 SCC 62, [2009] 3 S.C.R. 712	59
Quebec (Attorney General) v. A	2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61	941
Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)	2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693 ...	267, 438, 462
Quebec (Attorney General) v. Canada (Human Resources and Social Development)	2011 SCC 60, [2011] 3 S.C.R. 635	349, 387, 436
Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Associ- ation	2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536	348, 383, 436, 461
Quebec (Attorney General) v. Lacombe	2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453	267, 438
R		
R. v. A.M.	2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569	283
R. v. Alarie	(1980), 28 C.R. (3d) 73	1157
R. v. Anderson	2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167 ...	787, 1077
R. v. Angelillo	2006 SCC 55, [2006] 2 S.C.R. 728	1137
R. v. Appulonappa	2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754	714
R. v. Arcuri	2001 SCC 54, [2001] 2 S.C.R. 828	1000
R. v. Babos	2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309	959
R. v. Bartlett	2005 NLCA 75, 252 Nfld. & P.E.I.R. 154 ...	1155
R. v. Bear	2008 SKCA 172, 320 Sask. R. 12	1121
R. v. Beaudry	2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190	269
R. v. Beaulac	[1999] 1 S.C.R. 768	537, 609
R. v. Berner	2013 BCCA 188, 297 C.C.C. (3d) 69.....	1121
R. v. Bernshaw	[1995] 1 S.C.R. 254	317, 1102
R. v. Biancofiore	(1997), 35 O.R. (3d) 782	1146
R. v. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 S.C.R. 295	609
R. v. Bilodeau	2013 QCCA 980	1135, 1164
R. v. Biniaris	2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381	1012
R. v. Blais	2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236	537
R. v. Bois	2005 CanLII 10575	1162
R. v. Brown	[1993] 2 S.C.R. 918	21, 59
R. v. Brutus	2009 QCCA 1382	1101, 1159
R. v. Burke	[1996] 1 S.C.R. 474	1012
R. v. Butchko	2004 SKCA 159, [2005] 11 W.W.R. 95	281
R. v. Caron	2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78	563
R. v. Caslake	[1998] 1 S.C.R. 51	276
R. v. Cassidy	[1989] 2 S.C.R. 345	1178
R. v. Charemski	[1998] 1 S.C.R. 679	1000
R. v. Charles	2011 BCCA 68, 10 M.V.R. (6th) 177.....	1160
R. v. Chartrand	[1994] 2 S.C.R. 864	771, 1019
R. v. Chehil	2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220	283
R. v. Clarke	2014 SCC 28, [2014] 1 S.C.R. 612	313
R. v. Coffin	2006 QCCA 471, 210 C.C.C. (3d) 227 ...	1143
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265	276, 293

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Comeau	2008 QCCQ 4804	1107, 1162
R. v. Conway	2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765	297
R. v. Cooper	2007 NSSC 115, 255 N.S.R. (2d) 18	1162
R. v. Côté	2002 CanLII 27228	1162
R. v. Cote	2007 SKPC 100, 300 Sask. R. 194	1162
R. v. Dankyi	(1993), 86 C.C.C. (3d) 368	1149
R. v. Dass	2008 CanLII 13191	1149
R. v. Dawson	[1996] 3 S.C.R. 783	1019
R. v. Deschamplain	2004 SCC 76, [2004] 3 S.C.R. 601	1003
R. v. Downes	(2006), 79 O.R. (3d) 321	1135
R. v. Dumais	2010 QCCA 1030	1132
R. v. Dymont	[1988] 2 S.C.R. 417	283, 292
R. v. Edwards Books and Art Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 713	789
R. v. Fearon	2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621	293
R. v. Fitzgibbon	[1990] 1 S.C.R. 1005	352
R. v. Flick	2005 BCCA 499, 217 B.C.A.C. 237	1019
R. v. Flight	2014 ABCA 380, 584 A.R. 392	1113, 1149
R. v. Gagnon	(1998), 130 C.C.C. (3d) 194	1146
R. v. Gallon	2006 NBCA 31, 297 N.B.R. (2d) 317	1146
R. v. Gardiner	[1982] 2 S.C.R. 368	1146
R. v. Garofoli	[1990] 2 S.C.R. 1421	500
R. v. Gavin	2009 QCCA 1	1112
R. v. Généreux	[1992] 1 S.C.R. 259	503
R. v. Gladue	[1999] 1 S.C.R. 688	782, 1140
R. v. Golden	2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679	293
R. v. Gordon	2002 BCCA 224, 100 B.C.L.R. (3d) 35	317
R. v. Grant	2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353	277
R. v. Gravel	2013 QCCQ 10482	1162
R. v. Graveline	2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609	1173
R. v. Hamilton	(2004), 72 O.R. (3d) 1	1142
R. v. Hape	2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292	725, 774
R. v. Hawkins	2011 NSCA 7, 298 N.S.R. (2d) 53	1143
R. v. Hernandez	2009 BCCA 546, 277 B.C.A.C. 120	1131, 1155
R. v. Heywood	[1994] 3 S.C.R. 761	499, 772
R. v. Hibbert	[1995] 2 S.C.R. 973	1033
R. v. Hinchey	[1996] 3 S.C.R. 1128	314
R. v. Hynes	2001 SCC 82, [2001] 3 S.C.R. 623	1001
R. v. Ijam	2007 ONCA 597, 87 O.R. (3d) 81	1135
R. v. J.B.	2015 QCCQ 1884	1128
R. v. J.L.M.A.	2010 ABCA 363, 499 A.R. 1	1142
R. v. Jarvis	2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757	281, 293
R. v. Joseph	2012 BCCA 359, 326 B.C.A.C. 312	1155
R. v. Junkert	2010 ONCA 549, 103 O.R. (3d) 284	1101, 1158
R. v. Kang-Brown	2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456	283
R. v. Kapp	2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483	25
R. v. Keepness	2010 SKCA 69, 359 Sask. R. 34	1118
R. v. Khawaja	2012 SCC 69, [2012] 3 S.C.R. 555	499

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Kummer	2011 ONCA 39, 103 O.R. (3d) 641 ...	1121, 1162
R. v. L.F.W.	2000 SCC 6, [2000] 1 S.C.R. 132	1110
R. v. L.M.	2008 SCC 31, [2008] 2 S.C.R. 163	1110
R. v. Laba	[1994] 3 S.C.R. 965	435
R. v. Latimer	2001 SCC 1, [2001] 1 S.C.R. 3	1069
R. v. Laurila	2010 BCCA 535, 296 B.C.A.C. 139	1130
R. v. Laycock	(1989), 51 C.C.C. (3d) 65	1134
R. v. Leask	(1996), 113 Man. R. (2d) 265	1143
R. v. Lefebvre	(1986), 74 A.R. 81	598
R. v. Lépine	2007 QCCA 70	1101, 1159
R. v. Lévesque	2000 SCC 47, [2000] 2 S.C.R. 487 ...	1137, 1155
R. v. Lévesque-Chaput	2010 QCCA 640	1112
R. v. Lindsay	(1999), 134 C.C.C. (3d) 159	281
R. v. Lord	2011 BCCA 295, 307 B.C.A.C. 285	59
R. v. M. (C.A.)	[1996] 1 S.C.R. 500	1114, 1140
R. v. MacDougall	[1998] 3 S.C.R. 45	1131
R. v. Marshall	[1999] 3 S.C.R. 456	545
R. v. Marshall	2003 NSCA 105, 218 N.S.R. (2d) 78	558
R. v. McDonnell	[1997] 1 S.C.R. 948	1118, 1145
R. v. McIlwrick	2008 ABQB 724, 461 A.R. 16	1101, 1160
R. v. McIntosh	[1995] 1 S.C.R. 686	314
R. v. McKinlay Transport Ltd.	[1990] 1 S.C.R. 627	34, 277, 293
R. v. McKnight	(1999), 135 C.C.C. (3d) 41	1115
R. v. Mercure	[1988] 1 S.C.R. 234	527, 567
R. v. Mills	[1999] 3 S.C.R. 668	284
R. v. Morgentaler	[1993] 3 S.C.R. 463	267
R. v. Morneau	2009 QCCA 1496	1120, 1162
R. v. Morneau	2009 QCCQ 1271	1163
R. v. Morrissette	(1970), 1 C.C.C. (2d) 307	1130
R. v. Nasogaluak	2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206 ...	1110, 1140
R. v. Nguyen	2007 QCCA 1500	1130
R. v. Nome	2010 SKCA 147, 362 Sask. R. 241	58
R. v. Nottebrock	2014 ABQB 662, 15 Alta. L.R. (6th) 114 ...	1162
R. v. Nur	2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773 ...	288, 769, 1140
R. v. O. (C.)	2008 ONCA 518, 91 O.R. (3d) 528	1127
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	288, 789
R. v. Olan	[1978] 2 S.C.R. 1175	1176
R. v. Olsen	2011 ABCA 308, 515 A.R. 76	1161
R. v. Orr	2008 BCCA 76, 228 C.C.C. (3d) 432	1147
R. v. Panday	2007 ONCA 598, 87 O.R. (3d) 1	1135
R. v. Paquette	[1990] 2 S.C.R. 1103	572
R. v. Paré	2011 QCCA 2047	1107, 1141
R. v. Pelletier	2008 QCCA 1616	1133
R. v. Pelletier	2009 QCCQ 6277	1161
R. v. Pellicore	[1997] O.J. No. 226 (QL)	1164
R. v. Pires	2005 SCC 66, [2005] 3 S.C.R. 343	1015
R. v. Priest	(1996), 30 O.R. (3d) 538	1140

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Proulx	2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61	1101, 1140
R. v. Provost	2006 NLCA 30, 256 Nfld. & P.E.I.R. 205 ...	1156
R. v. Quesnelle	2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390	276
R. v. R. (M.)	2010 QCCA 16, 73 C.R. (6th) 136	1141
R. v. R.N.S.	2000 SCC 7, [2000] 1 S.C.R. 149	1164
R. v. Ramage	2010 ONCA 488, 257 C.C.C. (3d) 261	1114
R. v. Rezaie	(1996), 31 O.R. (3d) 713	1116
R. v. Rodgers	2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554	278
R. v. Ruizfuentes	2010 MBCA 90, 258 Man. R. (2d) 220 ...	1101, 1159
R. v. Russell	2001 SCC 53, [2001] 2 S.C.R. 804	1003
R. v. Ryan	2013 SCC 3, [2013] 1 S.C.R. 14	1033, 1069
R. v. S.A.B.	2003 SCC 60, [2003] 2 S.C.R. 678	283
R. v. Sappier	2004 NBCA 56, 273 N.B.R. (2d) 93	545
R. v. Sazant	2004 SCC 77, [2004] 3 S.C.R. 635	1003
R. v. Sharma	[1992] 1 S.C.R. 814	1136
R. v. Shropshire	[1995] 4 S.C.R. 227	1110, 1145
R. v. Shubley	[1990] 1 S.C.R. 3	30
R. v. Sidhu	2009 QCCA 2441	1113
R. v. Smith	2013 BCCA 173, 296 C.C.C. (3d) 386	1121
R. v. Spence	2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458	1154
R. v. Spencer	2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212	292
R. v. St-Germain	2015 QCCA 1108	1133
R. v. St-Jean	2000 CanLII 29663	492
R. v. Stillman	[1997] 1 S.C.R. 607	283
R. v. Stimson	2011 ABCA 59, 499 A.R. 185	1101, 1149
R. v. Stone	[1999] 2 S.C.R. 290	1145
R. v. Tang	2010 QCCS 5009	1128
R. v. Tessling	2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432 ...	276, 292
R. v. Th��roux	[1993] 2 S.C.R. 5	1175
R. v. Tr��panier	2008 CMAC 3, 232 C.C.C. (3d) 498	492
R. v. Tse	2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531	285
R. v. Valiquette	2004 CanLII 20126	1130, 1154
R. v. Van der Peet	[1996] 2 S.C.R. 507	545
R. v. Verreault	2008 QCCA 2284	1120
R. v. Vokey	2005 BCCA 498, 217 B.C.A.C. 231	1019
R. v. Vu	2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657	293
R. v. White	[1999] 2 S.C.R. 417	362
R. v. Wholesale Travel Group Inc.	[1991] 3 S.C.R. 154	316
R. v. Wigglesworth	[1987] 2 S.C.R. 541	30, 51, 273
R. v. Williams	2009 NBPC 16, 346 N.B.R. (2d) 164.....	1135
R. v. Wismayer	(1997), 33 O.R. (3d) 225	1143
R. v. Witvoet	2015 ABCA 152, 600 A.R. 200	1155
R. v. Woghiren	2004 CanLII 46649	1130
R. v. Wood	(2005), 196 C.C.C. (3d) 155	1122, 1162
R. v. Wright	2013 ABCA 428, 566 A.R. 192	1127
R. v. Yebes	[1987] 2 S.C.R. 168	1012
R. v. York	2015 ABCA 129, 78 M.V.R. (6th) 4	1162

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Z.Z.	2013 QCCA 1498	1131, 1155
R. v. Zlatic	[1993] 2 S.C.R. 29	1175
Railside Developments Ltd., Re	2010 NSSC 13, 62 C.B.R. (5th) 193	467
Re B.C. Motor Vehicle Act	[1985] 2 S.C.R. 486	768
Re General Increase in Freight Rates	(1954), 76 C.R.T.C. 12	186
Re New Alger Mines Ltd.	(1986), 54 O.R. (2d) 562	858
Re the Initiative and Referendum Act	[1919] A.C. 935	343
Reference re Authority of Parliament in relation to the Upper House ...	[1980] 1 S.C.R. 54	537, 610
Reference re Firearms Act (Can.)	2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783	344, 782
Reference re Manitoba Language Rights	[1985] 1 S.C.R. 721	540, 603
Reference re Manitoba Language Rights	[1992] 1 S.C.R. 212	603
Reference re Objection by Quebec to a Resolution to amend the Constitution	[1982] 2 S.C.R. 793	434
Reference re Public Schools Act (Man.), s. 79(3), (4) and (7)	[1993] 1 S.C.R. 839	537
Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)	[1987] 1 S.C.R. 313	537
Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island	[1997] 3 S.C.R. 3	62, 375, 435
Reference re Same Sex Marriage	2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698	537
Reference re Secession of Quebec	[1998] 2 S.C.R. 217	343, 527, 573
Reference re Securities Act	2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837 ...	267, 316, 343, 437, 462
Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6	2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433	573
Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act	[1984] 1 S.C.R. 297	267
Re:Sound v. Motion Picture Theatre Associations of Canada	2012 SCC 38, [2012] 2 S.C.R. 376	61
Reza v. Canada	[1994] 2 S.C.R. 394	860
Richer v. Borden Farm Products Co.	(1921), 64 D.L.R. 70	144
Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)	[1987] 2 S.C.R. 59	383
Rizvi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2009 FC 463	928, 950
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 S.C.R. 27	236, 643, 690, 844
Robertson v. Thomson Corp.	2006 SCC 43, [2006] 2 S.C.R. 363	678
Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada	2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283 ...	639, 678, 697
Roncarelli v. Duplessis	[1959] S.C.R. 121	375
Ross v. Registrar of Motor Vehicles	[1975] 1 S.C.R. 5	270, 355
Ross, Banks and Dyson v. The Queen	[1968] S.C.R. 786	1172
Ross River Dena Council v. Canada (Attorney General).....	2013 YKCA 6, 337 B.C.A.C. 299	573
Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan	2005 SCC 13, [2005] 1 S.C.R. 188 ...	348, 382, 435, 477
Rowan v. Ontario Securities Commission	2012 ONCA 208, 110 O.R. (3d) 492	42, 275
S		
Salomon v. Salomon & Co.	[1897] A.C. 22	117
Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.	2015 SCC 53, [2015] 3 S.C.R. 419	347
Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.	2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633	639
Savu v. Canada (Ministre de la Justice)	2013 QCCA 554	1040, 1078
Scarpitti v. United States of America	2007 BCCA 498, 247 B.C.A.C. 234	1016
Schachter v. Canada	[1992] 2 S.C.R. 679	509, 791

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Schreyer v. Schreyer	2011 SCC 35, [2011] 2 S.C.R. 605	353, 411
Scott v. Metropolitan Police Commissioner	[1975] A.C. 819	1176
Sharma v. Timminco Ltd.	2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569	819, 874, 886
Shaw v. Alberta Utilities Commission	2012 ABCA 378, 539 A.R. 315	232
Sidhu v. R.	2004 TCC 174, [2004] 2 C.T.C. 3167	36
Sinclair v. Mulligan	(1886), 3 Man. L.R. 481	582
Singh v. Canada (Attorney General)	2007 BCCA 157, 238 B.C.A.C. 213	1017
Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2014 FC 621	931
Singh v. Minister of Employment and Immigration	[1985] 1 S.C.R. 177	767
Sirois (L.C.) v. Canada	1995 CarswellNat 555 (WL Can.)	36
Sivagurunathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2013 FC 233	930
Sivia v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)	2014 BCCA 79, 55 B.C.L.R. (5th) 1	263
Sivia v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)	2014 BCCA 79, 307 C.C.C. (3d) 77	318
Skogman v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 93	1000
Smith v. Alliance Pipeline Ltd.	2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160	639
Smith v. The Queen	[1960] S.C.R. 776	345
Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education	[1986] 1 S.C.R. 549	527
Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada	2012 SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326	678
Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers	2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427	678
Soulos v. Korkontzilias	[1997] 2 S.C.R. 217	860
Spencer v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 278	102
Sriskandarajah v. United States of America	2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609	993, 1074
St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette	2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392	847, 902
State of Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. v. Public Service Commission of Missouri	262 U.S. 276 (1923)	189, 208
Statement of Royalties to be Collected by CMRRA/SODRAC Inc. for the Reproduction of Musical Works, in Canada, by Commercial Radio Stations in 2001, 2002, 2003 and 2004	decision of the Board, file No. 2001 2004, March 28, 2003 (online)	659
Statement of Royalties to be Collected by SOCAN, Re:Sound, CSI, AVLA/SOPROQ and Artisti in Respect of Commercial Radio Stations	decision of the Board, July 9, 2010 (online)	660
Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers	2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271	345, 394

T

Tasarruf Mevduati Sigorta Fonu v. Demirel	[2007] EWCA Civ 799, [2007] 1 W.L.R. 2508	105
Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)	2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161	183, 639
Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.	2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336	629, 678
Theratechnologies inc. v. 121851 Canada inc.	2013 QCCA 1256	871
Theratechnologies inc. v. 121851 Canada inc.	2015 SCC 18, [2015] 2 S.C.R. 106	870, 898
Thibodeau v. Air Canada	2014 SCC 67, [2014] 3 S.C.R. 340	726, 894
Thomson v. Alberta (Transportation and Safety Board)	2003 ABCA 256, 232 D.L.R. (4th) 237	355
Thomson v. Thomson	[1994] 3 S.C.R. 551	1063

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)	[1990] 1 S.C.R. 425	279
Tolofson v. Jensen	[1994] 3 S.C.R. 1022	102
Toronto Hydro-Electric System Ltd. v. Ontario (Energy Board)	2010 ONCA 284, 99 O.R. (3d) 481	162
TransCanada Pipelines Ltd. v. National Energy Board	2004 FCA 149, 319 N.R. 171	163, 217, 246
Transglobal Communications Group Inc., Re	2009 ABQB 195, 4 Alta. L.R. (5th) 157	445
Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)	[1992] 1 S.C.R. 952	173
Tseshahat v. British Columbia	S.C.C., No. 23234, May 2, 1994 (Bulletin of Proceedings of the Supreme Court of Canada, 1994, p. 756)	23
Tsilhqot'in Nation v. British Columbia	2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257	435, 610
Turner v. London and South Western Railway Co.	(1874), L.R. 17 Eq. 561	857
U		
U.S. West Communications, Inc. v. Public Service Commission of Utah	901 P.2d 270 (1995)	191
United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1386 v. Bransen Construction Ltd.	2002 NBCA 27, 249 N.B.R. (2d) 93	180
United States v. Allard	[1987] 1 S.C.R. 564	1070
United States v. Burns	2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283	992
United States v. Pakulski	2014 ONCA 81	1044
United States v. Pakulski	2015 ONCA 539	1040
United States of America v. Anderson	2007 ONCA 84, 85 O.R. (3d) 380	1012
United States of America v. Aneja	2014 ONCA 423, 120 O.R. (3d) 620	1016
United States of America v. Anekwu	2009 SCC 41, [2009] 3 S.C.R. 3	725
United States of America v. Cotroni	[1989] 1 S.C.R. 1469	1085
United States of America v. Doak	2015 BCCA 145, 323 C.C.C. (3d) 219	1017, 1078
United States of America v. Dynar	[1997] 2 S.C.R. 462	1000, 1066
United States of America v. Edwards	2011 BCCA 100, 306 B.C.A.C. 160	1015
United States of America v. Ferras	2006 SCC 33, [2006] 2 S.C.R. 77	991, 1053
United States of America v. Fong	(2005), 193 C.C.C. (3d) 533	1044
United States of America v. Graham	2007 BCCA 345, 243 B.C.A.C. 248	1011
United States of America v. Johnson	(2002), 62 O.R. (3d) 327	926, 1024
United States of America v. Johnstone	2013 BCCA 2, 333 B.C.A.C. 107	1044
United States of America v. Kwok	2001 SCC 18, [2001] 1 S.C.R. 532	1001, 1074
United States of America v. Lépine	[1994] 1 S.C.R. 286	1055
United States of America v. Lorenz	2007 BCCA 342, 243 B.C.A.C. 219	1017
United States of America v. Lucero Echeгойen	2013 BCCA 149, 336 B.C.A.C. 188	1078
United States of America v. Mach	[2006] O.J. No. 3204 (QL)	1015
United States of America v. Orphanou	2011 ONCA 612, 107 O.R. (3d) 365	1016
United States of America v. Ranga	2012 BCCA 81, 317 B.C.A.C. 207	1016
United States of America v. Shephard	[1977] 2 S.C.R. 1067	1000
United States of America v. Taylor	2005 BCCA 440, 216 B.C.A.C. 137	1076
United States of America v. Thornett	2014 BCCA 464, 363 B.C.A.C. 311	1040
United States of America v. U.A.S.	2013 BCCA 483, 344 B.C.A.C. 302	1016
United States of America v. Yang	(2001), 56 O.R. (3d) 52	1005

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
V		
Vachon v. Canada Employment and Immigration Commission	[1985] 2 S.C.R. 417	354
Validity of Section 92(4) of The Vehicles Act, 1957 (Sask.)	[1958] S.C.R. 608	270
Venne v. The Queen	[1984] C.T.C. 223	36
Verizon Communications Inc. v. Federal Communications Commission	535 U.S. 467 (2002)	207
Vézina and Côté v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 2	1177
Vigneux v. Canadian Performing Right Society, Ltd.	[1943] S.C.R. 348	667
W		
Ward v. Canada (Attorney General)	2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569	268, 498
Washington (State of) v. Johnson	[1988] 1 S.C.R. 327	1056
Weldon v. Neal	(1887), 19 Q.B.D. 394	868
Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority	[1999] 3 S.C.R. 134	438
Westman v. Gyselinck	2014 MBQB 174, 308 Man. R. (2d) 306	858
Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2012 FC 166	944
Wilson v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)	2015 SCC 47, [2015] 3 S.C.R. 300	296
Wilson v. Hull	(1995), 174 A.R. 81	120
Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.	2000 SCC 48, [2000] 2 S.C.R. 519	1063
Y		
Young v. Town of Gravenhurst	(1911), 24 O.L.R. 467	857
Yukos Capital S.A.R.L. v. OAO Tomskneft VNK	[2014] IEHC 115	106
Z		
Zingre v. The Queen	[1981] 2 S.C.R. 392	725

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)	2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241	346, 383, 439
407 ETR Concession Co. c. Canada (Surintendant des faillites)	2015 CSC 52, [2015] 3 R.C.S. 397	362
407 ETR Concession Co. c. Ontario (Registrar of Motor Vehicles) ...	(2005), 82 O.R. (3d) 703	408
A		
A.B. c. Bragg Communications Inc.	2012 CSC 46, [2012] 2 R.C.S. 567	934, 1079
A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille) ...	2009 CSC 30, [2009] 2 R.C.S. 181	933
Abdula c. Canadian Solar Inc.	2011 ONSC 5105, 92 B.L.R. (4th) 324	121
Aboubacar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ...	2014 CF 714	942
Abu Dhabi Commercial Bank PJSC c. Saad Trading, Contracting and Financial Services Co.	986 N.Y.S.2d 454 (2014)	107
Adam c. United States of America	(2003), 64 O.R. (3d) 268	1044
Adams c. Cape Industries Plc	[1990] 1 Ch. 433	120
Adler c. Ontario	[1996] 3 R.C.S. 609	603
Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)	2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559	927, 1079
Aguinda c. Texaco, Inc.	303 F.3d 470 (2002)	80
AIC Limitée c. Fischer	2013 CSC 69, [2013] 3 R.C.S. 949	872
Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society	2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261	561
Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)	2012 CSC 37, [2012] 2 R.C.S. 345	678
Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association	2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654	183, 232, 310, 640, 718
Alberta (Procureur général) c. Moloney	2015 CSC 51, [2015] 3 R.C.S. 327	402, 416
Andrews c. Law Society of British Columbia	[1989] 1 R.C.S. 143	941
Argentine c. Mellino	[1987] 1 R.C.S. 536	1070
Artell Developments Ltd. c. 677950 Ontario Ltd.	[1993] 2 R.C.S. 443	23
Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)	2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3	289
ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)...	2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140	189, 232
ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta Utilities Commission	2009 ABCA 246, 464 A.R. 275	232
Attorney-General c. Wilts United Dairies, Ltd.	(1921), 37 T.L.R. 884	666
B		
B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto	[1995] 1 R.C.S. 315	290
B.C.G.E.U. c. Indust. Rel. Council	(1988), 26 B.C.L.R. (2d) 145	172
B.C.T.F. c. British Columbia (Attorney General)	2009 BCSC 436, 94 B.C.L.R. (4th) 267	58
B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)	2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704	767

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ...	[1999] 2 R.C.S. 817	926, 955, 1037, 1079
Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)	2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146	271
Bank of Montreal c. Hall	(1985), 46 Sask. R. 182	22
Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta	2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3	271, 343, 382, 411, 435, 461
Banque de Montréal c. Hall	[1990] 1 R.C.S. 121	22, 348, 387, 447, 475
Banque de Montréal c. Marcotte	2014 CSC 55, [2014] 2 R.C.S. 725	348, 436
Basarsky c. Quinlan	[1972] R.C.S. 380	868
Base Metal Trading, Ltd. c. OJSC « Novokuznetsky Aluminum Factory »	283 F.3d 208 (2002)	108
BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976	2008 CSC 69, [2008] 3 R.C.S. 560	126
Beals c. Saldanha	2003 CSC 72, [2003] 3 R.C.S. 416	83
Bekker c. Canada	2004 CAF 186	57
Bell Canada c. Bell Aliant Communications régionales	2009 CSC 40, [2009] 2 R.C.S. 764	186
Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex	2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559	24, 311, 719, 844
Bikur Cholim Jewish Volunteer Services c. Langston	2009 ONCA 196, 94 O.R. (3d) 401	866, 881
Bishop c. Stevens	[1990] 2 R.C.S. 467	629, 674
Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)	2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307	275
BNP Paribas (Canada) c. Mécs	(2002), 60 O.R. (3d) 205	105
Borowski c. Canada (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 342	434
Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.	2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214	847
Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)	2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533	314
British Columbia Electric Railway Co. c. Public Utilities Commission of British Columbia	[1960] R.C.S. 837	191
British Columbia Securities Commission c. Branch	[1995] 2 R.C.S. 3	281, 293
Buchanan c. Superline Fuels Inc.	2007 NSCA 68, 255 N.S.R. (2d) 286	367
Buhlers c. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)	1999 BCCA 114, 170 D.L.R. (4th) 344	318
Buhlers c. Superintendent of Motor Vehicles (B.C.)	1999 BCCA 0114, 119 B.C.A.C. 207	264
C		
Cadillac Fairview Inc., Re	(1995), 30 C.B.R. (3d) 17	445
CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.	[1989] 2 R.C.S. 983	172
Canada c. Schmidt	[1987] 1 R.C.S. 500	989, 1070
Canada (Attorney General) c. Aziz	2013 BCCA 414, 342 B.C.A.C. 305	1017, 1078
Canada (Attorney General) c. Bennett	2014 BCCA 145, 353 B.C.A.C. 311	1016
Canada (Attorney General) c. Hislop	2009 BCCA 94, 267 B.C.A.C. 155	1016
Canada (Attorney General) c. Sosa	2012 ABCA 242, 536 A.R. 61	1017
Canada (Attorney General) c. Viscomi	2014 ONCA 879, 329 O.A.C. 47	1016
Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)	2011 CSC 25, [2011] 2 R.C.S. 306	314
Canada (Commissioner of Competition) c. Chatr Wireless Inc.	2013 ONSC 5315, 288 C.R.R. (2d) 297	44
Canada (Justice) c. Fischbacher	2009 CSC 46, [2009] 3 R.C.S. 170	993, 1055
Canada (Minister of Justice) c. Gorcyca	2007 ONCA 76, 220 O.A.C. 35	1017
Canada (Minister of Justice) c. Thomson	2005 CanLII 5078	1039, 1078
Canada (Procureur général) c. Bedford	2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101	56, 497, 769

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Canada (Procureur général) c. Hislop	2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429	857
Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society	2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134	343
Canada (Procureur général) c. Quadrini	2010 CAF 246, [2012] 2 R.C.F. 3	175
Canada (Procureur général) c. United States Steel Corp.	2011 CAF 176	42
Canada (Superintendent of Bankruptcy) c. 407 ETR Concession Company Ltd.	2013 ONCA 769, 118 O.R. (3d) 161	388
Canadian Bank of Commerce c. T. McAvity & Sons, Ltd.	[1959] R.C.S. 478	141
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)	2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76	933, 1037
CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)	[1999] 1 R.C.S. 743	311
Caplin c. Canada (Justice)	2015 CSC 32, [2015] 2 R.C.S. 568	1075
Carter c. Canada (Procureur général)	2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331	499, 769
Cassano c. Toronto Dominion Bank	2007 ONCA 781, 87 O.R. (3d) 401	902
Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)	2004 CSC 20, [2004] 1 R.C.S. 498	23, 63
Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)	2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379 ...	351, 445, 460
Chandler c. Alberta Association of Architects	[1989] 2 R.C.S. 848	180
Charlebois c. Saint John (Ville)	2005 CSC 74, [2005] 3 R.C.S. 563	313
Charron c. Banque provinciale du Canada	[1936] O.W.N. 315	121
Chatterjee c. Ontario (Procureur général)	2009 CSC 19, [2009] 1 R.C.S. 624	269
Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ...	2003 CFPI 447	931
Chevron Corp. c. Donziger	768 F.Supp.2d 581 (2011)	81
Chevron Corp. c. Donziger	974 F.Supp.2d 362 (2014)	81
Chevron Corp. c. Naranjo	667 F.3d 232 (2012)	81
Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ...	2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84	937, 955
Chirwa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	(1970), 4 A.I.A. 351	924, 959
CIBC Mortgage Corp. c. Manson	(1984), 32 Sask. R. 303	859
Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette	2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392 ...	847, 902
Cinar Corporation c. Robinson	2013 CSC 73, [2013] 3 R.C.S. 1168	678
Citation Industries Ltd. c. C.J.A., Loc. 1928	(1988), 53 D.L.R. (4th) 360	20
Clarke c. Clarke	[1990] 2 R.C.S. 795	349
Club Resorts Ltd. c. Van Breda	2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572	83
Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée	2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473	375
Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan	2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371 ...	290, 563
Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur gé- néral)	[1994] 2 R.C.S. 41	537
Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc. ...	2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86	345, 381, 412, 439
Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commis- sion) c. BCGSEU	[1999] 3 R.C.S. 3	941
Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.	2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650	695
Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie- Britannique	2013 CSC 42, [2013] 2 R.C.S. 774	563
Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord cana- dien)	[1999] 2 R.C.S. 203	56
Corporation professionnelle des médecins du Québec c. Thibault ...	[1988] 1 R.C.S. 1033	21

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Coulson c. Citigroup Global Markets Canada Inc.	2010 ONSC 1596, 92 C.P.C. (6th) 301	846
Coulson c. Citigroup Global Markets Canada Inc.	2012 ONCA 108, 288 O.A.C. 355	846
Couture c. Bouchard	(1892), 21 R.C.S. 281	858
CSA8-Garden Village LLC c. Dewar	2013 ONSC 6229, 369 D.L.R. (4th) 125	110
D		
D.N. c. New Brunswick (Minister of Health and Community Services)	(1992), 127 R.N.-B. (2 ^e) 383	58
Davis c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ...	2011 CF 97	939
de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655	726
Dedman c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 2	269
Del Zotto c. Canada	[1997] 3 C.F. 40	280
Delgamuukw c. Colombie-Britannique	[1997] 3 R.C.S. 1010	573
Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs	2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801	847
Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board ...	[1985] 1 R.C.S. 785	349
Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)	2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248	782
DesRochers c. Canada (Industrie)	2009 CSC 8, [2009] 1 R.C.S. 194	563
Diarra c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	2006 CF 1515	926
Dilollo Estate (Trustee of) c. I.F. Propco Holdings (Ontario) 36 Ltd.	2013 ONCA 550, 117 O.R. (3d) 81	895
Divakaran c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ...	2011 CF 633	941
Dubois c. La Reine	[1986] 1 R.C.S. 366	1003
Dugal c. Manulife Financial Corp.	2011 ONSC 1764	866, 881
Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick	2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190	183, 232, 310, 641, 696, 937, 961
Duquesne Light Co. c. Barasch	488 U.S. 299 (1989)	190
E		
Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant	[1997] 1 R.C.S. 241	19, 47
Edgewater Casino Inc., Re	2009 BCCA 40, 265 B.C.A.C. 274	445
Electrolines, Inc. c. Prudential Assurance Co.	677 N.W.2d 874 (2004)	107
Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)	2001 CSC 4, [2001] 1 R.C.S. 221	173
Enbridge Gas Distribution Inc. c. Ontario Energy Board	(2006), 210 O.A.C. 4	170, 209, 234
Enbridge Gas Distribution Inc. (Re)	2002 LNONOEB 4 (QL)	209
Enersource Hydro Mississauga Inc. (Re)	2012 LNONOEB 373 (QL)	209
Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique	2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231	629, 669
États-Unis c. Allard	[1987] 1 R.C.S. 564	1070
États-Unis c. Burns	2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283	992
États-Unis d'Amérique c. Anekwu	2009 CSC 41, [2009] 3 R.C.S. 3	725
États-Unis d'Amérique c. Cotroni	[1989] 1 R.C.S. 1469	1085
États-Unis d'Amérique c. Dynar	[1997] 2 R.C.S. 462	1000, 1066
États-Unis d'Amérique c. Ferras	2006 CSC 33, [2006] 2 R.C.S. 77	991, 1053
États-Unis d'Amérique c. Kwok	2001 CSC 18, [2001] 1 R.C.S. 532 ...	1001, 1074
États-Unis d'Amérique c. Lépine	[1994] 1 R.C.S. 286	1055
États-Unis d'Amérique c. Shepard	[1977] 2 R.C.S. 1067	1000
Euro Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.	2007 CSC 37, [2007] 3 R.C.S. 20	678

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
F		
Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)	2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431	735, 777
Flores c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	2013 CF 1002	930
Ford c. Québec (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 712	290, 608
France c. Diab	2014 ONCA 374, 120 O.R. (3d) 174	1011
Frohlick c. Pinkerton Canada Ltd.	2008 ONCA 3, 88 O.R. (3d) 401	869
Fulawka c. Bank of Nova Scotia	2012 ONCA 443, 111 O.R. (3d) 346	902
G		
Gallo c. Beber	(1998), 116 O.A.C. 340	858
Ganis c. Canada (Minister of Justice)	2006 BCCA 543, 233 B.C.A.C. 243	1040
Garland c. Consumers' Gas Co.	2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629	345
General Motors Acceptance Corp. of Canada Ltd. c. Perozni	(1965), 52 W.W.R. 32	581
General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing	[1989] 1 R.C.S. 641	438
Genra Canada Investments Inc. c. Lehndorff United Properties (Canada)	(1995), 169 A.R. 138	449
Gitxsan Treaty Society c. Hospital Employees' Union	[2000] 1 C.F. 135	59
Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)	2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494	782
Gonzalez c. Driver Control Board (Alta.)	2003 ABCA 256, 330 A.R. 262	271
Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) ...	2015 CSC 46, [2015] 3 R.C.S. 250	304
Gordon c. Goertz	[1996] 2 R.C.S. 27	933
Gorguis c. Saskatchewan Government Insurance	2011 SKQB 132, 372 Sask. R. 152	364
Gosling c. Veley	(1850), 12 Q.B. 328, 116 E.R. 891	665
GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.	2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401	725
Guindon c. Canada	2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3	273
Gunn c. Harper	(1902), 3 O.L.R. 693	857
H		
H. c. Lord Advocate	[2012] UKSC 24, [2013] 1 A.C. 413	1040
H. (H.) c. Deputy Prosecutor of the Italian Republic	[2012] UKSC 25, [2013] 1 A.C. 338	1040
Ha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	2004 CAF 49, [2004] 3 R.C.F. 195	932
Haaksman c. Diamond Offshore (Bermuda), Ltd.	260 S.W.3d 476 (2008)	107
Hanfstaengl c. Empire Palace	[1894] 3 Ch. 109	667
Harless c. United States	1 Morris 169 (1843)	1172
Hawthorne c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ...	2002 CAF 475, [2003] 2 C.F. 555	931
Henthorne c. British Columbia Ferry Services Inc.	2011 BCCA 476, 344 D.L.R. (4th) 292	177
Hernandez Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)	2012 CAF 324, [2014] 2 R.C.F. 224	718
Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ...	2005 CSC 57, [2005] 2 R.C.S. 706	936
Hilton c. Guyot	159 U.S. 113 (1895)	102
Hogarth c. Hogarth	[1945] 3 D.L.R. 78	858
Hollick c. Toronto (Ville)	2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158	888
Holst c. Grenier	(1987), 65 Sask. R. 257	858
Horsefield c. Ontario (Registrar of Motor Vehicles)	(1999), 44 O.R. (3d) 73	271
Hryniak c. Mauldin	2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87	27, 858
Hubert c. DeCamillis	(1963), 41 D.L.R. (2d) 495	857
Hunt c. T&N plc	[1993] 4 R.C.S. 289	100

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Hunter c. Southam Inc.	[1984] 2 R.C.S. 145	278, 292, 609
Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national	[1995] 3 R.C.S. 453	344, 384, 411
I		
In re D. (Abduction : Rights of Custody)	[2006] UKHL 51, [2007] 1 A.C. 619	1063
Incorporated Broadcasters Ltd. c. Canwest Global Communications Corp.	(2003), 63 O.R. (3d) 431	121
Industrial Acceptance Corp. c. Lalonde	[1952] 2 R.C.S. 109	353
Ingersoll Packing Co. c. New York Central and Hudson River R.R. Co.	(1918), 42 O.L.R. 330	120
Ionson c. La Reine	(1987), 4 C.A.C.M. 433	508
Irimie c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ...	2000 CanLII 16640	928
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 927	348, 439
J		
Jacob c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ...	2012 CF 1382	957
Jacob's Hold Inc. c. Canadian Imperial Bank of Commerce	(2000), 52 O.R. (3d) 776	473
Joseph c. Paramount Canada's Wonderland	2008 ONCA 469, 90 O.R. (3d) 401	866, 881
K		
Keller c. Canada	1995 CarswellNat 569 (WL Can.)	36
Kim c. Canada (Citoyenneté et Immigration)	2010 CF 149, [2011] 2 R.C.F. 448	936
Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)	[1991] 2 R.C.S. 779	959, 993, 1055
Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.	2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302	23, 63
Kolosovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ...	2008 CF 165	935
Krueger c. Raccah	(1981), 12 Sask. R. 130	858
Kunze c. Canada (Minister of Justice)	2005 BCCA 87, 209 B.C.A.C. 32	1077
L		
L. W. Bennett Co. c. University of Western Ontario	(1961), 31 D.L.R. (2d) 246	144
Lake c. Canada (Ministre de la Justice)	2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761 1024, 1075	
Lavallee c. Alberta Securities Commission	2010 ABCA 48, 474 A.R. 295	44, 275
Law Society of British Columbia c. Mangat	2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113 ...	344, 386, 436, 462
Lees c. La Reine	[1979] 2 R.C.S. 749	1137
Legault c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	2002 CAF 125, [2002] 4 C.F. 358	935, 955
Lenchyshyn c. Pelko Electric, Inc.	723 N.Y.S.2d 285 (2001)	107
Leon's Furniture Ltd. c. Information and Privacy Commissioner (Alta.)	2011 ABCA 94, 502 A.R. 110	175
Letang c. Cooper	[1965] 1 Q.B. 232	895
Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.	2007 CSC 14, [2007] 1 R.C.S. 591	894
Lim c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	2002 CFPI 956	931, 950
Logan c. Canada (Minister of Health)	2003 CanLII 20308	846, 903
Logan c. Canada (Minister of Health)	(2004), 71 O.R. (3d) 451	824, 899
Love c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	2004 CF 1569	926
Lucar, Re	(2001), 32 C.B.R. (4th) 270	374

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
M		
M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba	[1999] 2 R.C.S. 961	346, 381, 412, 436
M. (K.) c. M. (H.)	[1992] 3 R.C.S. 6	845, 904
MacEachern c. La Reine	(1985), 4 C.A.C.M. 447	508
MacGyver c. Richards	(1995), 22 O.R. (3d) 481	934
MacKay c. Manitoba	[1989] 2 R.C.S. 357	56
Manitoba Métis Federation Inc. c. Canada (Attorney General)	2007 MBQB 293, 223 Man. R. (2d) 42	546, 593
Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)	2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623	529, 584
Maple Lodge Farms Ltd. c. Canada	[1982] 2 R.C.S. 2	932
Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)	2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53	23, 63, 344, 385, 412, 436, 476
Markevich c. Canada	2003 CSC 9, [2003] 1 R.C.S. 94	895
Markson c. MBNA Canada Bank	2007 ONCA 334, 85 O.R. (3d) 321	902
Martineau c. M.R.N.	2004 CSC 81, [2004] 3 R.C.S. 737	30, 273
Martinez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ...	2012 CF 1295	939
Maurice c. Crédit Trans Canada Ltée	[1996] R.J.Q. 894	58
McKenna Estate c. Marshall	(2005), 37 R.P.R. (4th) 222	858
McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)	2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895	173, 235, 310
McVey (Re)	[1992] 3 R.C.S. 475	1001, 1057
Medina c. Bravo	2008 BCSC 1307, 87 B.C.L.R. (4th) 369	857
Mercier c. Canada (Service correctionnel)	2010 CAF 167, [2012] 1 R.C.F. 72	59
Méthot c. Commission de Transport de Montréal	[1972] R.C.S. 387	842, 896
Mezzo c. La Reine	[1986] 1 R.C.S. 802	1000
Miller, Re	(2001), 27 C.B.R. (4th) 107	367
Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Hardayal	[1978] 1 R.C.S. 470	923
Mohr c. North American Life Assurance Co.	[1941] 1 D.L.R. 427	20
Monahan c. Nelson	2000 BCCA 297, 76 B.C.L.R. (3d) 109	857
Montego Forest Products Ltd. (Re)	(1998), 37 O.R. (3d) 651	858
Morguard Investments Ltd. c. De Savoye	[1990] 3 R.C.S. 1077	83
Morine c. Parker (L & J) Equipment Inc.	2001 NSCA 53, 193 N.S.R. (2d) 51	20, 63
Morrison c. National Australia Bank Ltd.	561 U.S. 247 (2010)	835
Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)	2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3	641
Multiple Access Ltd. c. McCutcheon	[1982] 2 R.C.S. 161	343, 382, 412, 436
Muscutt c. Courcelles	(2002), 60 O.R. (3d) 20	119
N		
Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)	2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511	561
Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique	2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257	435, 610
National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)....	[1990] 2 R.C.S. 1324	725
Németh c. Canada (Justice)	2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281	725, 774, 996, 1072
Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)	2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708	961
Newfoundland (Workplace Health, Safety and Compensation Commission) v. Ryan Estate	2011 NLCA 42, 308 Nfld. & P.E.I.R. 1	24

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
NIL/TU,O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union	2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696	384
Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada...	[1980] 1 R.C.S. 115	57
Northwestern Utilities Ltd. c. City of Edmonton	[1929] R.C.S. 186	162, 171, 207, 225
Nova Scotia Power Inc., Re	2005 NSUARB 27	193
Nova Scotia Power Inc. (Re)	2012 NSUARB 227	193
Novak c. Bond	[1999] 1 R.C.S. 808	845, 904
O		
O'Grady c. Sparling	[1960] R.C.S. 804	270, 349
Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W. ...	2000 CSC 48, [2000] 2 R.C.S. 519	1063
Ontario c. Rothman's Inc.	2013 ONCA 353, 115 O.R. (3d) 561	118
Ontario (Children's Lawyer) c. Ontario (Information and Privacy Commissioner)	(2005), 75 O.R. (3d) 309	173
Ontario (Commission de l'énergie) c. Ontario Power Generation Inc. ...	2015 CSC 44, [2015] 3 R.C.S. 147	223
Ontario English Catholic Teachers' Assn. c. Ontario (Procureur gé- néral)	2001 CSC 15, [2001] 1 R.C.S. 470	665
Ontario (Minister of Finance) c. Clarke	2013 ONSC 1920, 115 O.R. (3d) 33	362
Ontario Power Generation c. Society of Energy Professionals	[2011] O.L.A.A. No. 117 (QL)	212
Ontario Power Generation Inc. (Re)	EB-2007-0905, 3 novembre 2008 (en ligne) ...	165
Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitu- tion	[1982] 2 R.C.S. 793	434
P		
Palmer c. La Reine	[1980] 1 R.C.S. 759	1136, 1165
Paluska c. Cava	(2002), 59 O.R. (3d) 469	58
Pan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	2008 CF 1303	950
Pannu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ...	2006 CF 1356	955
Park c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	2012 CF 528	931
Parker c. Atkinson	(1993), 104 D.L.R. (4th) 279	858
Patterson c. EM Technologies, Inc.	2013 ONSC 5849	121
Paz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	2009 CF 412	955
Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd. ...	2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678	21
Performing Right Society, Ltd. c. Hammond's Bradford Brewery Co.	[1934] 1 Ch. 121	643
Perka c. La Reine	[1984] 2 R.C.S. 232	1033
Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital	2004 CSC 21, [2004] 1 R.C.S. 528	23, 63
Pollastro c. Pollastro	(1999), 43 O.R. (3d) 485	1063
Power Workers' Union, Canadian Union of Public Employees, Local 1000 c. Ontario Energy Board	2013 ONCA 359, 116 O.R. (3d) 793	233
Première nation algonquine d'Ardoch c. Canada (Procureur général) ...	2003 CAF 473, [2004] 2 R.C.F. 108	59
Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority	[1999] 3 R.C.S. 134	438
Prince c. ACE Aviation Holdings Inc.	2013 ONSC 2906, 115 O.R. (3d) 721	121

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Pro Swing Inc. c. Elta Golf Inc.	2006 CSC 52, [2006] 2 R.C.S. 612	89
Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation	2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477	902
Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia ...	[1982] 2 R.C.S. 307	349, 437
Procureur général du Manitoba c. Forest	[1979] 2 R.C.S. 1032	540
Provincial Drywall Supply Ltd. c. Gateway Construction Co.	(1993), 85 Man. R. (2d) 116	135
Provincial Secretary of Prince Edward Island c. Egan	[1941] R.C.S. 396	266, 355
Provost c. Canada (Procureur général)	2015 QCCA 1172	1077
Pure Fishing, Inc. c. Silver Star Co.	202 F.Supp.2d 905 (2002)	107
Q		
Quan c. Cusson	2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712	59
Québec (Procureur général) c. A	2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61	941
Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)	2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693	267, 438, 462
Québec (Procureur général) c. Canada (Ressources humaines et Développement social)	2011 CSC 60, [2011] 3 R.C.S. 635	349, 387, 436
Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Associa- tion	2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536 ...	348, 383, 436, 461
Québec (Procureur général) c. Lacombe	2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453 ...	267, 438
R		
R. c. A.M.	2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569	283
R. c. Alarie	(1980), 28 C.R. (3d) 73	1157
R. c. Anderson	2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167 ...	787, 1077
R. c. Angelillo	2006 CSC 55, [2006] 2 R.C.S. 728	1137
R. c. Appulonappa	2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754	714
R. c. Arcuri	2001 CSC 54, [2001] 2 R.C.S. 828	1000
R. c. Babos	2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309	959
R. c. Bartlett	2005 NLCA 75, 252 Nfld. & P.E.I.R. 154 ...	1155
R. c. Bear	2008 SKCA 172, 320 Sask. R. 12	1121
R. c. Beaudry	2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190	269
R. c. Beaulac	[1999] 1 R.C.S. 768	537, 609
R. c. Berner	2013 BCCA 188, 297 C.C.C. (3d) 69	1121
R. c. Bernshaw	[1995] 1 R.C.S. 254	317, 1102
R. c. Biancofiore	(1997), 35 O.R. (3d) 782	1146
R. c. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 R.C.S. 295.....	609
R. c. Bilodeau	2013 QCCA 980	1135, 1164
R. c. Biniaris	2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381	1012
R. c. Blais	2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236	538
R. c. Bois	2005 CanLII 10575	1162
R. c. Brown	[1993] 2 R.C.S. 918	21, 59

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Brutus	2009 QCCA 1382	1101, 1159
R. c. Burke	[1996] 1 R.C.S. 474	1012
R. c. Butchko	2004 SKCA 159, [2005] 11 W.W.R. 95	281
R. c. Caron	2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78	563
R. c. Caslake	[1998] 1 R.C.S. 51	276
R. c. Cassidy	[1989] 2 R.C.S. 345	1178
R. c. Charemski	[1998] 1 R.C.S. 679	1000
R. c. Charles	2011 BCCA 68, 10 M.V.R. (6th) 177	1160
R. c. Chartrand	[1994] 2 R.C.S. 864	771, 1019
R. c. Chehil	2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220	283
R. c. Clarke	2014 CSC 28, [2014] 1 R.C.S. 612	313
R. c. Coffin	2006 QCCA 471, [2006] R.J.Q. 976	1143
R. c. Collins	[1987] 1 R.C.S. 265	276, 293
R. c. Comeau	2008 QCCQ 4804	1107, 1162
R. c. Conway	2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765	297
R. c. Cooper	2007 NSSC 115, 255 N.S.R. (2d) 18	1162
R. c. Côté	2002 CanLII 27228	1162
R. c. Cote	2007 SKPC 100, 300 Sask. R. 194	1162
R. c. Dankyi	[1993] R.J.Q. 2767	1149
R. c. Dass	2008 CanLII 13191	1149
R. c. Dawson	[1996] 3 R.C.S. 783	1019
R. c. Deschamplain	2004 CSC 76, [2004] 3 R.C.S. 601	1003
R. c. Downes	(2006), 79 O.R. (3d) 321	1135
R. c. Dumais	2010 QCCA 1030	1132
R. c. Dymont	[1988] 2 R.C.S. 417	283, 292
R. c. Edwards Books and Art Ltd.	1986] 2 R.C.S. 713	789
R. c. Fearon	2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621	293
R. c. Fitzgibbon	[1990] 1 R.C.S. 1005	352
R. c. Flick	2005 BCCA 499, 217 B.C.A.C. 237	1019
R. c. Flight	2014 ABCA 380, 584 A.R. 392	1113, 1149
R. c. Gagnon	[1998] R.J.Q. 2636	1146
R. c. Gallon	2006 NBCA 31, 297 R.N.-B. (2 ^e) 317	1146
R. c. Gardiner	[1982] 2 R.C.S. 368	1146
R. c. Garofoli	[1990] 2 R.C.S. 1421	500
R. c. Gavin	2009 QCCA 1	1112
R. c. Généreux	[1992] 1 R.C.S. 259	503
R. c. Gladue	[1999] 1 R.C.S. 688	782, 1140
R. c. Golden	2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679	293
R. c. Gordon	2002 BCCA 224, 100 B.C.L.R. (3d) 35	317
R. c. Grant	2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353	277
R. c. Gravel	2013 QCCQ 10482	1162
R. c. Graveline	2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609	1173
R. c. Hamilton	(2004), 72 O.R. (3d) 1	1142

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Hape	2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292	725, 774
R. c. Hawkins	2011 NSCA 7, 298 N.S.R. (2d) 53	1143
R. c. Hernandez	2009 BCCA 546, 277 B.C.A.C. 120	1131, 1155
R. c. Heywood	[1994] 3 R.C.S. 761	499, 772
R. c. Hibbert	[1995] 2 R.C.S. 973	1033
R. c. Hinchey	[1996] 3 R.C.S. 1128	314
R. c. Hynes	2001 CSC 82, [2001] 3 R.C.S. 623	1001
R. c. Ijam	2007 ONCA 597, 87 O.R. (3d) 81	1135
R. c. J.B.	2015 QCCQ 1884	1128
R. c. J.L.M.A.	2010 ABCA 363, 499 A.R. 1	1142
R. c. Jarvis	2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757	281, 293
R. c. Joseph	2012 BCCA 359, 326 B.C.A.C. 312	1155
R. c. Junkert	2010 ONCA 549, 103 O.R. (3d) 284	1101, 1158
R. c. Kang-Brown	2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456	283
R. c. Kapp	2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483	25
R. c. Keepness	2010 SKCA 69, 359 Sask. R. 34	1118
R. c. Khawaja	2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555	499
R. c. Kummer	2011 ONCA 39, 103 O.R. (3d) 649 ...	1121, 1162
R. c. L.F.W.	2000 CSC 6, [2000] 1 R.C.S. 132	1110
R. c. L.M.	2008 CSC 31, [2008] 2 R.C.S. 163	1110
R. c. Laba	[1994] 3 R.C.S. 965	435
R. c. Latimer	2001 CSC 1, [2001] 1 R.C.S. 3	1069
R. c. Laurila	2010 BCCA 535, 296 B.C.A.C. 139	1130
R. c. Laycock	(1989), 51 C.C.C. (3d) 65	1134
R. c. Leask	(1996), 113 Man. R. (2d) 265	1143
R. c. Lefebvre	(1986), 74 A.R. 81	598
R. c. Lépine	2007 QCCA 70	1101, 1159
R. c. Lévesque	2000 CSC 47, [2000] 2 R.C.S. 487 ..	1137, 1155
R. c. Lévesque-Chaput	2010 QCCA 640	1112
R. c. Lindsay	(1999), 134 C.C.C. (3d) 159	281
R. c. Lord	2011 BCCA 295, 307 B.C.A.C. 285	59
R. c. M. (C.A.)	[1996] 1 R.C.S. 500	1114, 1140
R. c. MacDougall	[1998] 3 R.C.S. 45	1131
R. c. Marshall	[1999] 3 R.C.S. 456	545
R. c. Marshall	2003 NSCA 105, 218 N.S.R. (2d) 78	558
R. c. McDonnell	[1997] 1 R.C.S. 948	1118, 1145
R. c. McIlwrick	2008 ABQB 724, 461 A.R. 16	1101, 1160
R. c. McIntosh	[1995] 1 R.C.S. 686	314
R. c. McKinlay Transport Ltd.	[1990] 1 R.C.S. 627	34, 277, 293
R. c. McKnight	(1999), 135 C.C.C. (3d) 41	1115
R. c. Mercure	[1988] 1 R.C.S. 234	527, 567
R. c. Mills	[1999] 3 R.C.S. 668	284

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Morgentaler	[1993] 3 R.C.S. 463	267
R. c. Morneau	2009 QCCA 1496	1120, 1162
R. c. Morneau	2009 QCCQ 1271	1163
R. c. Morrissette	(1970), 1 C.C.C. (2d) 307	1130
R. c. Nasogaluak	2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206	1110, 1140
R. c. Nguyen	2007 QCCA 1500	1130
R. c. Nome	2010 SKCA 147, 362 Sask. R. 241	58
R. c. Nottebrock	2014 ABQB 662, 15 Alta. L.R. (6th) 114	1162
R. c. Nur	2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773 ...	288, 769, 1140
R. c. O. (C.)	2008 ONCA 518, 91 O.R. (3d) 528	1127
R. c. Oakes	[1986] 1 R.C.S. 103	288, 789
R. c. Olan	[1978] 2 R.C.S. 1175	1176
R. c. Olsen	2011 ABCA 308, 515 A.R. 76	1161
R. c. Orr	2008 BCCA 76, 228 C.C.C. (3d) 432	1147
R. c. Panday	2007 ONCA 598, 87 O.R. (3d) 1	1135
R. c. Paquette	[1990] 2 R.C.S. 1103	572
R. c. Paré	2011 QCCA 2047	1107, 1141
R. c. Pelletier	2008 QCCA 1616	1133
R. c. Pelletier	2009 QCCQ 6277	1161
R. c. Pellicore	[1997] O.J. No. 226 (QL)	1164
R. c. Pires	2005 CSC 66, [2005] 3 R.C.S. 343	1015
R. c. Priest	(1996), 30 O.R. (3d) 538	1140
R. c. Proulx	2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61	1101, 1140
R. c. Provost	2006 NLCA 30, 256 Nfld. & P.E.I.R. 205 ...	1156
R. c. Quesnelle	2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390	276
R. c. R. (M.)	2010 QCCA 16, 73 C.R. (6th) 136	1141
R. c. R.N.S.	2000 CSC 7, [2000] 1 R.C.S. 149	1164
R. c. Ramage	2010 ONCA 488, 257 C.C.C. (3d) 261	1114
R. c. Rezaie	(1996), 31 O.R. (3d) 713	1116
R. c. Rodgers	2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554	278
R. c. Ruizfuentes	2010 MBCA 90, 258 Man. R. (2d) 220 ...	1101, 1159
R. c. Russell	2001 CSC 53, [2001] 2 R.C.S. 804	1003
R. c. Ryan	2013 CSC 3, [2013] 1 R.C.S. 14	1033, 1069
R. c. S.A.B.	2003 CSC 60, [2003] 2 R.C.S. 678	283
R. c. Sappier	2004 NBCA 56, 273 R.N.-B. (2 ^e) 93	545
R. c. Sazant	2004 CSC 77, [2004] 3 R.C.S. 635	1003
R. c. Sharma	[1992] 1 R.C.S. 814	1136
R. c. Shropshire	[1995] 4 R.C.S. 227	1110, 1145
R. c. Shubley	[1990] 1 R.C.S. 3	30
R. c. Sidhu	2009 QCCA 2441	1113
R. c. Smith	2013 BCCA 173, 296 C.C.C. (3d) 386	1121

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Spence	2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458	1154
R. c. Spencer	2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212	292
R. c. St-Germain	2015 QCCA 1108	1133
R. c. St-Jean	2000 CanLII 29663.....	492
R. c. Stillman	[1997] 1 R.C.S. 607	283
R. c. Stimson	2011 ABCA 59, 499 A.R. 185	1101, 1149
R. c. Stone	[1999] 2 R.C.S. 290	1145
R. c. Tang	2010 QCCS 5009	1128
R. c. Tessling	2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432 ...	276, 292
R. c. Théroux	[1993] 2 R.C.S. 5	1175
R. c. Trépanier	2008 CACM 3	492
R. c. Tse	2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531	285
R. c. Valiquette	2004 CanLII 20126	1130, 1154
R. c. Van der Peet	[1996] 2 R.C.S. 507	545
R. c. Verreault	2008 QCCA 2284	1120
R. c. Vokey	2005 BCCA 498, 217 B.C.A.C. 231	1019
R. c. Vu	2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657	293
R. c. White	[1999] 2 R.C.S. 417	362
R. c. Wholesale Travel Group Inc.	[1991] 3 R.C.S. 154	316
R. c. Wigglesworth	[1987] 2 R.C.S. 541	30, 51, 273
R. c. Williams	2009 NBCP 16, 346 R.N.-B. (2 ^e) 164	1135
R. c. Wismayer	(1997), 33 O.R. (3d) 225	1143
R. c. Witvoet	2015 ABCA 152, 600 A.R. 200	1155
R. c. Woghiren	2004 CanLII 46649	1130
R. c. Wood	(2005), 196 C.C.C. (3d) 155	1122, 1163
R. c. Wright	2013 ABCA 428, 566 A.R. 192	1127
R. c. Yebes	[1987] 2 R.C.S. 168	1012
R. c. York	2015 ABCA 129, 78 M.V.R. (6th) 4	1162
R. c. Z.Z.	2013 QCCA 1498	1131, 1155
R. c. Zlatic	[1993] 2 R.C.S. 29	1175
Railside Developments Ltd., Re	2010 NSSC 13, 62 C.B.R. (5th) 193	467
Re General Increase in Freight Rates	(1954), 76 C.R.T.C. 12	186
Re New Alger Mines Ltd.	(1986), 54 O.R. (2d) 562	858
Re the Initiative and Referendum Act	[1919] A.C. 935	343
Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute...	[1980] 1 R.C.S. 54	537, 610
Renvoi relatif à l'Upper Churchill Water Rights Reversion Act	[1984] 1 R.C.S. 297	267
Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6	2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433	573
Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)	2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783 ...	344, 782
Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), art. 79(3), (4) et (7)	[1993] 1 R.C.S. 839	537
Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières	2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837 ...	267, 316, 343, 437, 462
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.) ...	[1987] 1 R.C.S. 313	537

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard	[1997] 3 R.C.S. 3	62, 375, 435
Renvoi relatif à la sécession du Québec	[1998] 2 R.C.S. 217	343, 527, 573
Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe	2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698	537
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba	[1985] 1 R.C.S. 721	540, 603
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba	[1992] 1 R.C.S. 212	603
Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)	[1985] 2 R.C.S. 486	768
Ré:Sonne c. Fédération des associations de propriétaires de cinémas du Canada	2012 CSC 38, [2012] 2 R.C.S. 376	61
Reza c. Canada	[1994] 2 R.C.S. 394	860
Richer c. Borden Farm Products Co.	(1921), 64 D.L.R. 70	144
Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)	[1987] 2 R.C.S. 59	383
Rizvi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration).....	2009 CF 463	928, 950
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 R.C.S. 27	236, 643, 690, 844
Robertson c. Thomson Corp.	2006 CSC 43, [2006] 2 R.C.S. 363	678
Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique	2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283	639, 678, 697
Roncarelli c. Duplessis	[1959] R.C.S. 121	375
Ross c. Registraire des véhicules automobiles	[1975] 1 R.C.S. 5	270, 355
Ross, Banks and Dyson c. The Queen	[1968] R.C.S. 786	1172
Ross River Dena Council c. Canada (Attorney General)	2013 YKCA 6, 337 B.C.A.C. 299	573
Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan	2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188 ...	348, 382, 435, 478
Rowan c. Ontario Securities Commission	2012 ONCA 208, 110 O.R. (3d) 492	42, 275
S		
Salomon c. Salomon & Co.	[1897] A.C. 22	117
Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare Lake Logging Ltd.	2015 CSC 53, [2015] 3 R.C.S. 419	347
Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.	2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633	639
Savu c. Canada (Ministre de la Justice)	2013 QCCA 554	1040, 1078
Scarpitti c. United States of America	2007 BCCA 498, 247 B.C.A.C. 234	1016
Schachter c. Canada	[1992] 2 R.C.S. 679	509, 791
Schreyer c. Schreyer	2011 CSC 35, [2011] 2 R.C.S. 605 ...	353, 411
Scott c. Metropolitan Police Commissioner	[1975] A.C. 819	1176
SEFPO c. Ontario (Procureur général)	[1987] 2 R.C.S. 2	271, 437
Sharma c. Timminco Ltd.	2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569	819, 874, 886
Shaw c. Alberta Utilities Commission	2012 ABCA 378, 539 A.R. 315	232
Sidhu c. La Reine	2004 CCI 174	36
Sinclair c. Mulligan	(1886), 3 Man. L.R. 481	582
Singh c. Canada (Attorney General)	2007 BCCA 157, 238 B.C.A.C. 213	1017

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ...	2014 CF 621	931
Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration	[1985] 1 R.C.S. 177	767
Sirois (L.C.) c. Canada	1995 CarswellNat 1974 (WL Can.)	36
Sivagurunathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	2013 CF 233	931
Sivia c. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)	2014 BCCA 79, 55 B.C.L.R. (5th) 1	263
Sivia c. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)	2014 BCCA 79, 307 C.C.C. (3d) 77	318
Skogman c. La Reine	[1984] 2 R.C.S. 93	1000
Smith c. Alliance Pipeline Ltd.	2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160	639
Smith c. The Queen	[1960] R.C.S. 776	345
Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet	2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427	678
Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada	2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326	678
Société canadienne des postes c. Lépine	2009 CSC 16, [2009] 1 R.C.S. 549	113
Société de crédit commercial GMAC — Canada c. T.C.T. Logistics Inc.	2006 CSC 35, [2006] 2 R.C.S. 123 ...355, 448, 468	
Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education	[1986] 1 R.C.S. 549	527
Soulos c. Korkontzilas	[1997] 2 R.C.S. 217	860
Spencer c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 278	102
Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique	2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609 ...993, 1074	
State of Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. c. Public Service Commission of Missouri	262 U.S. 276 (1923)	189, 208
Succession Ordon c. Grail	[1998] 3 R.C.S. 437	725
Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos	2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271	345, 394
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. So- ciété des alcools du Nouveau-Brunswick	[1979] 2 R.C.S. 227	61, 697
Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée	2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458	969
T		
Tarif des redevances à percevoir par la CMRRA/SODRAC Inc. pour la reproduction d'œuvres musicales, au Canada, par les stations de radio commerciales en 2001, 2002, 2003 et 2004	décision de la Commission, n° de dossier 2001 2004, 28 mars 2003 (en ligne)	659
Tarif des redevances à percevoir par la SOCAN, Ré:Sonne, CSI, AVLA/SOPROQ et Artisti à l'égard des stations de radio com- merciale	décision de la Commission, 9 juillet 2010 (en ligne)	660
Tasarruf Mevduati Sigorta Fonu c. Demirel	[2007] EWCA Civ 799, [2007] 1 W.L.R. 2508	105

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Terre-Neuve-et-Labrador c. AbitibiBowater Inc.	2012 CSC 67, [2012] 3 R.C.S. 443	361
Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)	2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161	183, 639
Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.	2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336	629, 678
Theratechnologies inc. c. 121851 Canada inc.	2013 QCCA 1256, [2013] R.J.Q. 1128	871
Theratechnologies inc. c. 121851 Canada inc.	2015 CSC 18, [2015] 2 R.C.S. 106	870, 898
Thibodeau c. Air Canada	2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340	726, 894
Thomson c. Alberta (Transportation and Safety Board)	2003 ABCA 256, 232 D.L.R. (4th) 237	355
Thomson c. Thomson	[1994] 3 R.C.S. 551	1063
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)	[1990] 1 R.C.S. 425	279
Tolofson c. Jensen	[1994] 3 R.C.S. 1022	102
Toronto Hydro-Electric System Ltd. c. Ontario (Energy Board)	2010 ONCA 284, 99 O.R. (3d) 481	162
TransCanada Pipelines Ltd. c. Office national de l'Énergie	2004 CAF 149	163, 217, 246
Transglobal Communications Group Inc., Re	2009 ABQB 195, 4 Alta. L.R. (5th) 157	445
Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)	[1992] 1 R.C.S. 952	173
Tseshahht c. Colombie-Britannique	C.S.C., n° 23234, 2 mai 1994 1994 (Bulletin des procédures de la Cour suprême du Canada, 1994, p. 756)	23
Turner c. London and South Western Railway Co.	(1874), L.R. 17 Eq. 561	857
U		
U.S. West Communications, Inc. c. Public Service Commission of Utah	901 P.2d 270 (1995)	191
United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1386 c. Bransen Construction Ltd.....	2002 NBCA 27, 249 R.N.-B. (2 ^e) 93	180
United States c. Pakulski	2014 ONCA 81	1044
United States c. Pakulski	2015 ONCA 539	1040
United States of America c. Anderson	2007 ONCA 84, 85 O.R. (3d) 380	1012
United States of America c. Aneja	2014 ONCA 423, 120 O.R. (3d) 620	1016
United States of America c. Doak	2015 BCCA 145, 323 C.C.C. (3d) 219	1017, 1078
United States of America c. Edwards	2011 BCCA 100, 306 B.C.A.C. 160	1015
United States of America c. Fong	(2005), 193 C.C.C. (3d) 533	1044
United States of America c. Graham	2007 BCCA 345, 243 B.C.A.C. 248	1011
United States of America c. Johnson	(2002), 62 O.R. (3d) 327	926, 1024
United States of America c. Johnstone	2013 BCCA 2, 333 B.C.A.C. 107	1044
United States of America c. Lorenz	2007 BCCA 342, 243 B.C.A.C. 219	1017
United States of America c. Lucero Echeгойen	2013 BCCA 149, 336 B.C.A.C. 188	1078
United States of America c. Mach	[2006] O.J. No. 3204 (QL)	1015
United States of America c. Orphanou	2011 ONCA 612, 107 O.R. (3d) 365	1016
United States of America c. Ranga	2012 BCCA 81, 317 B.C.A.C. 207	1016
United States of America c. Taylor	2005 BCCA 440, 216 B.C.A.C. 137	1076
United States of America c. Thornett	2014 BCCA 464, 363 B.C.A.C. 311	1040

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
United States of America c. U.A.S.	2013 BCCA 483, 344 B.C.A.C. 302	1016
United States of America c. Yang	(2001), 56 O.R. (3d) 52	1005
United States Steel Corp. c. Canada (Procureur général)	2011 CAF 176	275
V		
Vachon c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada....	[1985] 2 R.C.S. 417	354
Validity of Section 92(4) of The Vehicles Act, 1957 (Sask.)	[1958] R.C.S. 608	270
Venne c. Canada (ministre du Revenu national — M.R.N.)	[1984] A.C.F. n° 314 (QL)	36
Verizon Communications Inc. c. Federal Communications Commis- sion	535 U.S. 467 (2002)	207
Vézina et Côté c. La Reine	[1986] 1 R.C.S. 2	1177
Vigneux c. Canadian Performing Right Society, Ltd.	[1943] R.C.S. 348	667
W		
Ward c. Canada (Procureur général)	2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569	268, 498
Washington (État de) c. Johnson	[1988] 1 R.C.S. 327	1056
Weldon c. Neal	(1887), 19 Q.B.D. 394	868
Westman c. Gyselinck	2014 MBQB 174, 308 Man. R. (2d) 306	858
Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ...	2012 CF 166	944
Wilson c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) ...	2015 CSC 47, [2015] 3 R.C.S. 300	297
Wilson c. Hull	(1995), 174 A.R. 81	120
Y		
Young c. Town of Gravenhurst	(1911), 24 O.L.R. 467	857
Yukos Capital S.A.R.L. c. OAO Tomskneft VNK	[2014] IEHC 115	106
Z		
Zingre c. La Reine	[1981] 2 R.C.S. 392	725

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
B		E	
<i>Bankruptcy and Insolvency Act</i> , R.S.C. 1985,		<i>Electric Utilities Act</i> , S.A. 2003, c. E-5.1	
c. B-3		s. 102	219
s. 178(2)	327, 397	s. 121	219
s. 243	419	s. 122	219
<i>Builders' Liens Act</i> , C.C.S.M., c. B91		<i>Extradition Act</i> , S.C. 1999, c. 18	
s. 4(1)	127	s. 3(1)	973
s. 4(3)	127	s. 29(1)(a)	973
s. 55(2)	127		
s. 66	127	G	
C		<i>Gas Utilities Act</i> , R.S.A. 2000, c. G-5	
<i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>		s. 36	219
s. 1	250	H	
s. 8	250	<i>Highway 407 Act, 1998</i> , S.O. 1998, c. 28	
s. 11	3	s. 22(1)	397
s. 11(d)	250	s. 22(4)	397
<i>Class Proceedings Act</i> , 1992, S.O. 1992, c. 6		I	
s. 28	801	<i>Immigration and Refugee Protection Act</i> ,	
<i>Constitution Act</i> , 1867		S.C. 2001, c. 27	
s. 91(27)	250	s. 25(1)	909
s. 92(13)	250	s. 37(1)(b)	704
<i>Copyright Act</i> , R.S.C. 1985, c. C-42		s. 117	754
s. 3(1)(d)	615	<i>Income Tax Act</i> , R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)	
s. 66.51	615	s. 163.2	3
<i>Criminal Code</i> , R.S.C. 1985, c. C-46		L	
s. 197(1) "game"	1167	<i>Languages Act</i> , R.S.A. 2000, c. L-6	511
s. 209	1167		
s. 380(1)	1167		
s. 686(1)(b)(iii)	1087		
s. 687	1089		

	PAGE		PAGE
M		S	
<i>Motor Vehicle Act</i> , R.S.B.C. 1996, c. 318	250	<i>Saskatchewan Farm Security Act</i> , S.S. 1988-89,	
art. 215.41(3.1)	300	c. S-17.1	
art. 215.5	300	ss. 9 to 22	419
N		<i>Securities Act</i> , R.S.O. 1990, c. S.5	
<i>National Defence Act</i> , R.S.C. 1985, c. N-5		s. 138.3	801
s. 117(f)	485	s. 138.8	801
s. 130(1)(a)	485	s. 138.14	801
O		T	
<i>Ontario Energy Board Act</i> , 1998, S.O. 1998,		<i>Tax Court of Canada Act</i> , R.S.C. 1985,	
c. 15, Sch. B		c. T-2	
s. 78.1(5)	147	s. 19.2	3
s. 78.1(6)	147	<i>Traffic Safety Act</i> , R.S.A. 2000, c. T-6	511
R		s. 102	327
<i>Rupert's Land and North-Western Territory</i>		U	
<i>Order</i> (1870) (U.K.) (reprinted in R.S.C.		<i>Use of Highway and Rules of the Road</i>	
1985, App. II, No. 9)		<i>Regulation</i> , Alta	
Sch. A	511	Reg. 304/2002	511
Sch. B	511		

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
C		L	
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>		<i>Loi constitutionnelle de 1867</i>	
art. 1	250	art. 91(27)	250
art. 8	250	art. 92(13)	250
art. 11	3	<i>Loi de 1992 sur les recours collectifs</i> , L.O. 1992, c. 6	
art. 11d)	250	art. 28	801
<i>Code criminel</i> , L.R.C. 1985, c. C-46		<i>Loi de 1998 sur l'autoroute 407</i> , L.O. 1998, c. 28	
art. 197(1) « jeu »	1167	art. 22(1)	397
art. 209	1167	art. 22(4)	397
art. 380(1)	1167	<i>Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario</i> , L.O. 1998, c. 15, ann. B	
art. 686(1)b)(iii)	1087	art. 78.1(5)	147
art. 687	1089	art. 78.1(6)	147
D		<i>Loi de l'impôt sur le revenu</i> , L.R.C. 1985, c. 1 (5 ^e suppl.)	
<i>Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest</i> (1870) (R.-U.) (reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n ^o 9)		art. 163.2	3
céd. A	511	<i>Loi linguistique</i> , R.S.A. 2000, c. L-6	511
céd. B	511	<i>Loi sur l'extradition</i> , L.C. 1999, c. 18	
E		art. 3(1)	973
<i>Electric Utilities Act</i> , S.A. 2003, c. E-5.1		art. 29(1)a)	973
art. 102	219	<i>Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés</i> , L.C. 2001, c. 27	
art. 121	219	art. 25(1)	909
art. 122	219	art. 37(1)b)	704
G		art. 117	754
<i>Gas Utilities Act</i> , R.S.A. 2000, c. G-5		<i>Loi sur la Cour canadienne de l'impôt</i> , L.R.C. 1985, c. T-2	
art. 36	219	art. 19.2	3
		<i>Loi sur la défense nationale</i> , L.R.C. 1985, c. N-5	
		art. 117f)	485
		art. 130(1)a)	485

	PAGE		PAGE
S			
<i>Loi sur la faillite et l'insolvabilité</i> , L.R.C. 1985, c. B-3		<i>Saskatchewan Farm Security Act</i> , S.S. 1988-89,	
art. 178(2)	327, 397	c. S-17.1	
art. 243	419	art. 9 à 22	419
<i>Loi sur le droit d'auteur</i> , L.R.C. 1985, c. C-42		T	
art. 3(1)d)	615	<i>Traffic Safety Act</i> , R.S.A. 2000, c. T-6	511
art. 66.51	615	art. 102	327
<i>Loi sur le privilège du constructeur</i> , C.P.L.M., c. B91		U	
art. 4(1)	127	<i>Use of Highway and Rules of the Road Regulation</i> , Alta.	
art. 4(3)	127	Reg. 304/2002	511
art. 55(2)	127		
art. 66	127		
<i>Loi sur les valeurs mobilières</i> , L.R.O. 1990, c. S.5			
art. 138.3	801		
art. 138.8	801		
art. 138.14	801		
M			
<i>Motor Vehicle Act</i> , R.S.B.C. 1996, c. 318	250		
art. 215.41(3.1)	300		
art. 215.5	300		

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGES
Alberta. Legislative Assembly. <i>Alberta Hansard</i> , 3rd Sess., 24th Leg., April 12, 1999, p. 927.	355
<i>Atlas historique du Canada</i> , t. II, <i>La transformation du territoire : 1800-1891</i> , éd. française par Jean-Claude Robert, dir., Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1993.	600
Aunger, Edmund A. “Pouvoir à ce que les droits acquis soient respectés: la cause <i>Caron</i> et la protection constitutionnelle du bilinguisme officiel dans l'Ouest canadien”, dans Sophie Bouffard et Peter Dorrington, dir., <i>Le statut du français dans l'Ouest canadien: la cause Caron</i> . Montréal: Yvon Blais, 2014, 59.	576, 592
Autorités canadiennes en valeurs mobilières. « Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market and Response to the Proposed Change to the Definitions of “Material Fact” and “Material Change” », CSA Notice 53-302, reproduced in (2000), 23 OSCB 7383.	847
Aylward, Stephen, and Luisa Ritacca. “In Defence of Administrative Law: Procedural Fairness for Administrative Monetary Penalties” (2015), 28 <i>C.J.A.L.P.</i> 35.	31
Begg, Alexander. <i>History of the North-West</i> , vol. I. Toronto: Hunter, Rose & Co., 1894.	587
Béliveau, Pierre, et Martin Vauclair. <i>Traité général de preuve et de procédure pénales</i> , 22 ^e éd. Montréal: Yvon Blais, 2015.	1154
Ben-Ishai, Stephanie, and Anthony Duggan, eds. <i>Canadian Bankruptcy and Insolvency Law: Bill C-55, Statute c.47 and Beyond</i> . Markham, Ont.: LexisNexis, 2007.	451
Bennett, Frank. <i>Bennett on Receiverships</i> , 3rd ed. Toronto: Carswell, 2011.	449
Black, Vaughan. “Enforcement of Judgments and Judicial Jurisdiction in Canada” (1989), 9 <i>Oxford J. Legal Stud.</i> 547.	91
Black, Vaughan, Stephen G. A. Pitel and Michael Sobkin. <i>Statutory Jurisdiction: An Analysis of the Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act</i> . Toronto: Carswell, 2012.	114
<i>Black's Law Dictionary</i> , 10th ed., by Bryan A. Garner, ed. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2014, “assert”.	895
<i>Black's Law Dictionary</i> , 10th ed., by Bryan A. Garner, ed. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2014, “enforce”, “release”.	367
Blom, Joost. “New Ground Rules for Jurisdictional Disputes: The <i>Van Breda</i> Quartet” (2012), 53 <i>Can. Bus. L.J.Rev. can. dr. comm.</i> 1.	122
Bourse de Toronto. Committee on Corporate Disclosure. <i>Final Report — Responsible Corporate Disclosure : A Search for Balance</i> , Toronto, La Bourse, 1997.	847, 891
Brand, Ronald A. “Federal Judicial Center International Litigation Guide: Recognition and Enforcement of Foreign Judgments” (2013), 74 <i>U. Pitt. L. Rev.</i> 491.	106

	PAGE
Briggs, Adrian. <i>The Conflict of Laws</i> , 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.	115
Bristow, David I., et al. <i>Construction, Builders' and Mechanics' Liens in Canada</i> , vol. 1, 7th ed. Toronto: Carswell, 2005 (loose-leaf updated 2012, release 2).	137
British Columbia. Legislative Assembly. <i>Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)</i> , vol. 16, No. 1, 2nd Sess., 39th Parl., April 27, 2010, p. 4871.	268, 318
British Columbia. Legislative Assembly. <i>Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)</i> , vol. 36, No. 7, 4th Sess., 39th Parl., May 3, 2012, pp. 11492-93.	319
Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of Christine E. Deacon. <i>Judicial Review of Administrative Action in Canada</i> , vol. 3. Toronto: Carswell, 2014 (loose-leaf updated May 2015, release 1).	932
Brown, Henry S. <i>Supreme Court of Canada Practice 2015</i> , 15th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2014.	25
Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. <i>Droit constitutionnel</i> , 6 ^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.	343
Burns, Robert E., et al. <i>The Prudent Investment Test in the 1980s</i> , report NRRI-84-16. Columbus, Ohio: National Regulatory Research Institute, April 1985.	207
Canada. Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency. <i>Proposed Bankruptcy Act Amendments: Report of the Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1986.	445
Canada. Agence du revenu du Canada. « Pénalités administratives imposées à des tiers », IC 01-1, 18 septembre 2001 (en ligne).	35
Canada. Bibliothèque du Parlement. Direction de la recherche parlementaire. « <i>Projet de loi C-11 : Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés</i> », Résumé législatif LS-397F, par Jay Sinha et Margaret Young, Division du droit et du gouvernement, 26 mars 2001, révisé le 31 janvier 2002.	926
Canada. Bibliothèque du Parlement. Service d'information et de recherche parlementaires. <i>Projet de loi C-12 : Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, la Loi sur le Programme de protection des salariés et le chapitre 47 des Lois du Canada (2005)</i> , Résumé législatif LS-584F, par Marcia Jones, Division du droit et du gouvernement, 14 décembre 2007.	454
Canada. Canada Revenue Agency. "Third-Party Civil Penalties", IC 01-1, September 18, 2001 (online).	35
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de l'industrie, des ressources naturelles, des sciences et de la technologie. <i>Témoignages</i> , n° 064, 1 ^{re} sess., 38 ^e lég., 17 novembre 2005, p. 7.	454
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration. <i>Témoignages</i> , n° 2, 1 ^{re} sess., 37 ^e lég., 1 ^{er} mars 2001 (en ligne), 9 h 30 à 9 h 35.	733
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration. <i>Témoignages</i> , n° 3, 1 ^{re} sess., 37 ^e lég., 13 mars 2001, 9 h 55 à 10 h.	928
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration. <i>Témoignages</i> , n° 3, 1 ^{re} sess., 37 ^e lég., 13 mars 2001 (en ligne), 10 h 40.	724
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration. <i>Témoignages</i> , n° 9, 1 ^{re} sess., 37 ^e lég., 5 avril 2001 (en ligne), 10 h 50.	733
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration. <i>Témoignages</i> , n° 19, 3 ^e sess., 40 ^e lég., 27 mai 2010, 15 h 40.	928, 953
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration. <i>Témoignages</i> , n° 27, 1 ^{re} sess., 37 ^e lég., 17 mai 2001 (en ligne), 10 h 35.	784

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration. <i>Témoignages</i> , n° 27, 1 ^{re} sess., 37 ^e lég., 17 mai 2001 (en ligne), 10 h 35 à 10 h 40.	733
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. <i>Mettre un frein à l'alcool au volant : Une approche en commun</i> , Ottawa, Communication Canada, juin 2009.	1101
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. <i>Témoignages</i> , n° 096, 1 ^{re} sess., 36 ^e lég., 4 novembre 1998 (en ligne), 16:40.	1075
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , 1 ^{re} sess., 1 ^{re} lég., 4, 5, 6, 9 et 11 décembre 1867, p. 181, 183, 194-196, 200, 203, 205, 208, 222-225, 244, 254.	543
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. IV, 3 ^e sess., 34 ^e lég., 29 octobre 1991, p. 4177-4178 et 4180.	450
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. VII, 2 ^e sess., 33 ^e lég., 12 août 1987, p. 8002.	770
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. XII, 1 ^{re} sess., 27 ^e lég., 20 février 1967, p. 13267-13268.	924, 953
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. XV, 3 ^e sess., 34 ^e lég., 6 mai 1993, p. 19017.	1062
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. XVII, 1 ^{re} sess., 32 ^e lég., 4 août 1982, p. 20040.	1062
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. LXXIII, 1 ^{re} sess., 10 ^e lég., 27 juin 1905, p. 8436.	552
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 135, n° 135, 1 ^{re} sess., 36 ^e lég., 8 octobre 1998, p. 9006.	1075
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 135, n° 162, 1 ^{re} sess., 36 ^e lég., 30 novembre 1998, p. 10591.	1074
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 137, n° 046, 1 ^{re} sess., 37 ^e lég., 23 avril 2001, p. 2954.	724
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 140, n° 128, 1 ^{re} sess., 38 ^e lég., 29 septembre 2005, p. 8215.	453
Canada. Chambre des communes. <i>Journaux de la Chambre des communes de la Puissance du Canada</i> , vol. I, 1 ^{re} sess., 1 ^{re} lég., 12 décembre 1867, p. 68.	531, 569
Canada. Chambre des communes. <i>Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-84 : Loi modifiant la Loi sur l'Immigration de 1976 et apportant des modifications corrélatives au Code criminel</i> , n° 9, 2 ^e sess., 33 ^e lég., 25 août 1987, p. 24.	782
Canada. Chambre des communes. <i>Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Consommateurs et Sociétés et Administration gouvernementale</i> , n° 7, 3 ^e sess., 34 ^e lég., 4 septembre 1991, p. 12.	451
Canada. Citizenship and Immigration Canada. "IP 5: Immigrant Applications in Canada made on Humanitarian or Compassionate Grounds", in <i>Inland Processing</i> (online).	929, 950
Canada. Citoyenneté et Immigration Canada. « IP 5 : Demande présentée par des immigrants au Canada pour des motifs d'ordre humanitaire », dans <i>Traitement des demandes au Canada</i> (en ligne).	929, 950
Canada. Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité. <i>Propositions d'amendements à la Loi sur la faillite : Rapport du Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité</i> , Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1986.	445

	PAGE
Canada. Comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité. <i>Faillite et Insolvabilité : Rapport du comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité</i> , Ottawa, Information Canada, 1970.	374
Canada. Comité spécial sur les causes des troubles du Territoire du Nord-Ouest en 1869-70. <i>Rapport du Comité spécial sur les causes des troubles du Territoire du Nord-Ouest en 1869-70</i> , Ottawa, I. B. Taylor, 1874. ...	592
Canada. <i>Documents de la session</i> , vol. V, 3 ^e sess., 1 ^{re} lég., 1870, n ^o 12.	532, 585
Canada. Emploi et Immigration Canada. <i>Guide de l'immigration</i> , 1986.	950
Canada. Employment and Immigration Canada. <i>Immigration Manual</i> . 1986.	950
Canada. House of Commons. <i>Debates of the House of Commons</i> , vol. LXXIII, 1st Sess., 10th Parl., June 27, 1905, p. 8242.	552
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , 1st Sess., 1st Parl., December 4, 5, 6, 9 and 11, 1867, pp. 181, 183, 194-96, 200, 203, 205, 208, 222-25, 244, 254.	543
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. IV, 3rd Sess., 34th Parl., October 29, 1991, pp. 4177-78 and 4180.	450
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. VII, 2nd Sess., 33rd Parl., August 12, 1987, p. 8002.	770
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. XII, 1st Sess., 27th Parl., February 20, 1967, pp. 13267-68.	924, 953
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. XV, 3rd Sess., 34th Parl., May 6, 1993, p. 19017.	1062
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. XVII, 1st Sess., 32nd Parl., August 4, 1982, p. 20040.	1062
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 135, No. 135, 1st Sess., 36th Parl., October 8, 1998, p. 9006.	1075
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 135, No. 162, 1st Sess., 36th Parl., November 30, 1998, p. 10591.	1074
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 137, No. 046, 1st Sess., 37th Parl., April 23, 2001, p. 2954.	724
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 140, No. 128, 1st Sess., 38th Parl., September 29, 2005, p. 8215.	453
Canada. House of Commons. <i>Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-84: An Act to amend the Immigration Act, 1976 and the Criminal Code in consequence thereof</i> , No. 9, 2nd Sess., 33rd Parl., August 25, 1987, p. 24.	782
Canada. House of Commons. <i>Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Consumer and Corporate Affairs and Government Operations</i> , No. 7, 3rd Sess., 34th Parl., September 4, 1991, p. 12.	451
Canada. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration. <i>Evidence</i> , No. 2, 1st Sess., 37th Parl., March 1, 2001 (online), 9:30 to 9:35.	733
Canada. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration. <i>Evidence</i> , No. 3, 1st Sess., 37th Parl., March 13, 2001, 9:55 to 10:00.	928
Canada. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration. <i>Evidence</i> , No. 3, 1st Sess., 37th Parl., March 13, 2001 (online), 10:40.	724

Canada. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration. <i>Evidence</i> , No. 9, 1st Sess., 37th Parl., April 5, 2001 (online), 10:50.	733
Canada. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration. <i>Evidence</i> , No. 19, 3rd Sess., 40th Parl., May 27, 2010, 15:40.....	928, 953
Canada. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration. <i>Evidence</i> , No. 27, 1st Sess., 37th Parl., May 17, 2001 (online), 10:35.	784
Canada. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration. <i>Evidence</i> , No. 27, 1st Sess., 37th Parl., May 17, 2001 (online), 10:35 to 10:40.	733
Canada. House of Commons. Standing Committee on Industry, Natural Resources, Science and Technology. <i>Evidence</i> , No. 064, 1st Sess., 38th Parl., November 17, 2005, p. 7.....	454
Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. <i>Ending Alcohol-Impaired Driving: A Common Approach</i> . Ottawa: Communication Canada, June 2009.	1101
Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. <i>Evidence</i> , No. 096, 1st Sess., 36th Parl., November 4, 1998 (online), 16:40.	1075
Canada. Industrie Canada. Bureau du surintendant des faillites Canada. <i>Projet de loi C-12 : analyse article par article</i> (en ligne).	455
Canada. Industrie Canada. Bureau du surintendant des faillites Canada. <i>Sommaire des modifications législatives : Sommaire des principales modifications législatives apportées au chapitre 47 des Lois du Canada (2005) et au chapitre 36 des Lois du Canada (2007)</i> (en ligne).....	456
Canada. Industrie Canada. Direction de l'entreprise, de la concurrence et de l'insolvabilité. <i>Projet de loi C-55 : analyse article par article</i> (en ligne).	453
Canada. Industrie Canada. Direction générale des politiques-cadres du marché, Secteur de la politique. <i>Rapport sur la mise en application de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies</i> , Ottawa, Direction des politiques du droit corporatif et de l'insolvabilité, 2002.	451
Canada. Industry Canada. Corporate, Insolvency and Competition Law Policy. <i>Bill C-55: clause by clause analysis</i> (online).	453
Canada. Industry Canada. Marketplace Framework Policy Branch, Policy Sector. <i>Report on the Operation and Administration of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act</i> . Ottawa: Corporate and Insolvency Law Policy Directorate, 2002.	451
Canada. Industry Canada. Office of the Superintendent of Bankruptcy Canada. <i>Bill C-12: Clause by Clause Analysis</i> (online).	455
Canada. Industry Canada. Office of the Superintendent of Bankruptcy Canada. <i>Summary of Legislative Changes: Summary of Key Legislative Changes in Chapter 47 of the Statutes of Canada, 2005, and Chapter 36 of the Statutes of Canada, 2007</i> (online).	456
Canada. Library of Parliament. Parliamentary Information and Research Service. <i>Bill C-12: An Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act, the Companies' Creditors Arrangement Act, the Wage Earner Protection Program Act and Chapter 47 of the Statutes of Canada, 2005</i> , Legislative Summary LS-584E, by Marcia Jones, Law and Government Division, December 14, 2007.	454
Canada. Library of Parliament. Parliamentary Research Branch. "Bill C-11: The Immigration and Refugee Protection Act", Legislative Summary LS-397E, by Jay Sinha and Margaret Young, Law and Government Division, March 26, 2001, revised January 31, 2002.	926
Canada. Minister of Justice and Attorney General. <i>Information on Bill C-127</i> . Ottawa: Department of Justice, 1983.	1062

	PAGE
Canada. Ministre de la Justice et procureur général. <i>Documentation sur le projet de loi C-127</i> , Ottawa, Ministère de la Justice, 1983.	1075
Canada. Select Committee on the Causes of the Difficulties in the North-West Territory in 1869-70. <i>Report of the Select Committee on the Causes of the Difficulties in the North-West Territory in 1869-70</i> . Ottawa: I. B. Taylor, 1874.	592
Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des banques et du commerce. <i>Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies</i> , Ottawa, Sénat du Canada, 2003.....	452
Canada. Sénat. <i>Débats du Sénat</i> , vol. IV, 3 ^e sess., 34 ^e lég., 16 juin 1993, p. 3536.	1063
Canada. Sénat. <i>Délibérations du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce</i> , n ^o 2, 2 ^e sess., 39 ^e lég., 29 novembre 2007, p. 25.	455
Canada. Sénat. <i>Délibérations du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce</i> , n ^o 19, 1 ^{re} sess., 38 ^e lég., 23 novembre 2005, p. 55.	454
Canada. Sénat. <i>Journaux du Sénat</i> , n ^o 12, 2 ^e sess., 37 ^e lég., 29 octobre 2002, p. 122.	452
Canada. Sénat. <i>Journaux du Sénat</i> , n ^o 57, 2 ^e sess., 37 ^e lég., 15 mai 2003, p. 841.	452
Canada. Sénat et Chambre des communes. <i>Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Politique de l'immigration</i> , fascicule n ^o 49, 1 ^{re} sess., 30 ^e lég., 23 septembre 1975, p. 12.	925
Canada. Senate. <i>Debates of the Senate</i> , 4th Sess., 3rd Parl., April 9, 1877, p. 319.....	598
Canada. Senate. <i>Debates of the Senate</i> , vol. IV, 3rd Sess., 34th Parl., June 16, 1993, p. 3536.....	1063
Canada. Senate. <i>Journals of the Senate</i> , No. 12, 2nd Sess., 37th Parl., October 29, 2002, p. 122.....	452
Canada. Senate. <i>Journals of the Senate</i> , No. 57, 2nd Sess., 37th Parl., May 15, 2003, p. 841.	452
Canada. Senate. <i>Proceedings of the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce</i> , No. 2, 2nd Sess., 39th Parl., November 29, 2007, p. 25.	455
Canada. Senate. <i>Proceedings of the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce</i> , No. 19, 1st Sess., 38th Parl., November 23, 2005, p. 55.	454
Canada. Senate. Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce. <i>Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act</i> . Ottawa: Senate of Canada, 2003.	452
Canada. Senate and House of Commons. <i>Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on Immigration Policy</i> , Issue No. 49, 1st Sess., 30th Parl., September 23, 1975, p. 12.	925
Canada. <i>Sessional Papers</i> , vol. V, 3rd Sess., 1st Parl., 1870, No. 12.	532, 585
Canada. Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation. <i>Bankruptcy and Insolvency: Report of the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation</i> . Ottawa: Information Canada, 1970.	374
<i>Canadian Oxford Dictionary</i> , 2nd ed., by Katherine Barber, ed. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2004, "assert".	895
Canadian Securities Administrators. "Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market and Response to the Proposed Change to the Definitions of 'Material Fact' and 'Material Change'", CSA Notice 53-302, reproduced in (2000), 23 OSCB 7383.	847
Castel, J.-G. <i>Introduction to Conflict of Laws</i> , 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.	119

Chaykowski, Richard P. <i>An Assessment of the Industrial Relations Context and Outcomes at OPG</i> , file No. EB-2013-0321, exhibit F4-03-01, attachment 1, September 2013 (online).	204
Clark, Ron W., Scott A. Stoll and Fred D. Cass. <i>Ontario Energy Law: Electricity</i> . Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.	203
Colombie-Britannique. Assemblée législative. <i>Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)</i> , vol. 16, No. 1, 2nd Sess., 39th Parl., April 27, 2010, p. 4871.	268, 318
Colombie-Britannique. Assemblée législative. <i>Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)</i> , vol. 36, No. 7, 4th Sess., 39th Parl., May 3, 2012, pp. 11492-93.	319
Colvin, Eric. “Constitutional Law — Paramountcy — Duplication and Express Contradiction — Multiple Access Ltd. v. McCutcheon” (1983), 17 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 347.	350
<i>Concise Oxford English Dictionary</i> , 12th ed., by Angus Stevenson and Maurice Waite, eds. Oxford: Oxford University Press, 2011, “prudent”.	236
Conférence pour l’harmonisation des lois au Canada. <i>Loi uniforme sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances</i> (en ligne).	113
<i>Convention concernant la télévision et la radio entre la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) et la Société Radio-Canada</i> , 19 mars 1992, art. 2.	633
<i>Convention on the Rights of the Child</i> , Can. T.S. 1992 No. 3, art. 3(1).	934
<i>Convention relative aux droits de l’enfant</i> , R.T. Can. 1992 n° 3, art. 3(1).	934
Craig, Carys J. “Technological Neutrality: (Pre)Serving the Purposes of Copyright Law”, in Michael Geist, ed., <i>The Copyright Pentology: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law</i> . Ottawa: University of Ottawa Press, 2013, 271.	681
Currie, Robert J., and Joseph Rikhof. <i>International & Transnational Criminal Law</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2013.	724
Dadour, François. <i>De la détermination de la peine: Principes et applications</i> , Markham, Ont.: LexisNexis, 2007.	1143
Davis, Kenneth Culp. <i>Administrative Law Text</i> , 3rd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1972.	1156
Delisle, Ronald Joseph, Don Stuart and David M. Tanovich. <i>Evidence: Principles and Problems</i> , 9th ed. Toronto: Carswell, 2010.	1156
Desjardins, Tristan. <i>L’appel en droit criminel et pénal</i> , 2 ^e éd. Montréal: LexisNexis, 2012.	1109, 1146.
<i>Dicey and Morris on the Conflict of Laws</i> , vol. 1, 13th ed. Under the general editorship of Lawrence Collins. London: Sweet & Maxwell, 2000.	94
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.	236, 310, 643, 844
Dyzenhaus, David. “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in Michael Taggart, ed., <i>The Province of Administrative Law</i> . Oxford: Hart, 1997, 279.	966
Falzon, Frank A. V. “Tribunal Standing on Judicial Review” (2008), 21 <i>C.J.A.L.P./R.C.D.A.P.</i> 21.	176
Farley, J. M. “A Judicial Perspective on International Cooperation in Insolvency Cases” (March 1998), 17 <i>Am. Bankr. Inst. J.</i> 12 (available on WL Can.).	445
Foucher, Pierre. “Le statut constitutionnel de la Proclamation royale de 1869”, dans Sophie Bouffard et Peter Dorrington, dir., <i>Le statut du français dans l’Ouest canadien: la cause Caron</i> . Montréal: Yvon Blais, 2014, 177.	592
Gallagher, Anne T., and Fiona David. <i>The International Law of Migrant Smuggling</i> . New York: Cambridge University Press, 2014.	729

	PAGE
Gibson, Dale, with Lee Gibson and Cameron Harvey. <i>Attorney for the Frontier: Enos Stutsman</i> . Winnipeg: University of Manitoba Press, 1983.	581
Goldstein, Joseph, Anna Freud and Albert J. Solnit. <i>Beyond the Best Interests of the Child</i> , new ed. New York: Free Press, 1979.	1080
Goodwin-Gill, Guy S., and Jane McAdam. <i>The Refugee in International Law</i> , 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.	731
Grande-Bretagne. <i>Correspondance et documents relatifs aux événements récemment survenus dans les Territoires du Nord-Ouest</i> , Ottawa, I. B. Taylor, 1870.	589
Great Britain. <i>Correspondence Relative to the Recent Disturbances in the Red River Settlement</i> . London: William Clowes & Sons, 1870.	547, 589
Great Britain. House of Commons. Select Committee on the Hudson's Bay Company. <i>Report from the Select Committee on the Hudson's Bay Company; Together with the Proceedings of the Committee, Minutes of Evidence, Appendix and Index</i> . London: HMSO, 1858.	583
<i>Guidelines on International Protection No. 8: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees</i> , HCR/GIP/09/08, December 22, 2009.	936
Gurry, Francis. « L'avenir du droit d'auteur », discours prononcé à la Blue Sky Conference, Université de technologie du Queensland, Sydney, 25 février 2011 (en ligne).	679
Gurry, Francis. "The Future of Copyright", speech delivered at the Blue Sky Conference, Queensland University of Technology, Sydney, February 25, 2011 (online).	679
Hagen, Gregory R. "Technological Neutrality in Canadian Copyright Law", in Michael Geist, ed., <i>The Copyright Pentology: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law</i> . Ottawa: University of Ottawa Press, 2013, 307.	681
Hathaway, James C. <i>The Rights of Refugees Under International Law</i> . Cambridge: Cambridge University Press, 2005.	731
Hawkins, Freda. <i>Canada and Immigration: Public Policy and Public Concern</i> . Montréal: McGill-Queen's University Press, 1972.	923
<i>Historical Atlas of Canada</i> , vol. II, <i>The Land Transformed: 1800-1891</i> , by R. Louis Gentilcore, Don Measner and Ronald H. Walder, eds. Toronto: University of Toronto Press, 1993.	600
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 5th ed. Supp. Toronto: Carswell, 2007 (updated 2014, release 1).	267, 355, 382, 537
Hogg, Peter W. "Paramountcy and Tobacco" (2006), 34 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 335.....	383
Houlden, L. W., G. B. Morawetz and Janis Sarra. <i>Bankruptcy and Insolvency Law of Canada</i> , 4th ed. (rev.). Toronto: Carswell, 2013 (updated 2015, release 6).....	353
Hutchison, Cameron J. "Case Comment: The 2012 Supreme Court Copyright Decisions & Technological Neutrality" (2013), 46 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 589.	681
Hutchison, Cameron J. "Technological Neutrality Explained & Applied to <i>CBC v. SODRAC</i> " (2015), 13 <i>C.J.L.T.</i> 101.	680
Jacobs, Laverne A., and Thomas S. Kuttner. "Discovering What Tribunals Do: Tribunal Standing Before the Courts" (2002), 81 <i>Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 616.	176
Jones, Martin, and Sasha Baglay. <i>Refugee Law</i> . Toronto: Irwin Law, 2007.	921
Jones, Richard B. "The Evolution of Canadian Restructuring: Challenges for the Rule of Law", in Janis P. Sarra, ed., <i>Annual Review of Insolvency Law 2005</i> . Toronto: Thomson Carswell, 2006, 481.	445

Kahn, Jonathan. “Keep <i>Hope</i> Alive: Updating the Prudent Investment Standard for Allocating Nuclear Plant Cancellation Costs” (2010), 22 <i>Fordham Envtl. L. Rev.</i> 43.	189
Katz, Ariel. “Commentary: Is Collective Administration of Copyrights Justified by the Economic Literature?”, in Marcel Boyer, Michael Trebilcock and David Vaver, eds., <i>Competition Policy and Intellectual Property</i> . Toronto: Irwin Law, 2009, 449.	685
La Forest, Anne Warner. <i>La Forest’s Extradition to and from Canada</i> , 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1991.	1027
Layh, Donald H. <i>A Legacy of Protection: The Saskatchewan Farm Security Act: History, Commentary & Case Law</i> . Langenburg, Sask.: Twin Valley Books, 2009.	442, 478
<i>Licence authorizing the Canadian Broadcasting Corporation to reproduce works in the repertoire of SODRAC for the period from November 14, 2008 to March 31, 2012</i> , file No. 70.2-2008-01, November 2, 2012, revised March 31, 2014, ss. 2.01, 5.03(2) (online)	629
<i>Licence autorisant la Société Radio-Canada à reproduire les œuvres faisant partie du répertoire de la SODRAC entre le 14 novembre 2008 et le 31 mars 2012</i> , n° de dossier 70.2-2008-01, 2 novembre 2012, révisé 31 mars 2014, art. 2.01, 5.03(2) (en ligne).	629
Liew, Jamie Chai Yun, and Donald Galloway. <i>Immigration Law</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2015.	941
Manitoba. Commission de réforme du droit. <i>Report on Mechanics’ Liens Legislation in Manitoba</i> , Report #32, Winnipeg, La Commission, 1979.	136
Manitoba. Law Reform Commission. <i>Report on Mechanics’ Liens Legislation in Manitoba</i> , Report #32. Winnipeg: The Commission, 1979.	136
McKeown, John S. <i>Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs</i> , 4th ed. Toronto: Carswell, 2012 (loose-leaf updated 2015, release 4).	645
McLeod, Doug. “Facing the Consequences: Should the <i>Charter</i> Apply to Administrative Proceedings Involving Monetary Penalties?” (2012), 30 <i>N.J.C.L.</i> 59.	31
<i>Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary</i> , 11th ed. Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 2003, “prudent”.	236
Mignault, P.-B. <i>Le droit civil canadien</i> , t. I. Montréal: C. Théorêt, 1895.	607
Monestier, Tanya J. “A ‘Real and Substantial’ Mess: The Law of Jurisdiction in Canada” (2007), 33 <i>Queen’s L.J.</i> 179.	111
Monestier, Tanya J. “Jurisdiction and the Enforcement of Foreign Judgments” (2013), 42 <i>Advocates’ Q.</i> 107.	94
Monestier, Tanya J. “(Still) a ‘Real and Substantial’ Mess: The Law of Jurisdiction in Canada” (2013), 36 <i>Fordham Int’l L.J.</i> 396.	119
Morton, W. L. <i>Manitoba: The Birth of a Province</i> . Altona, Man.: Friesen & Sons, 1965.....	532, 586
Mullan, David. “Administrative Law and Energy Regulation”, in Gordon Kaiser and Bob Heggie, eds., <i>Energy Law and Policy</i> . Toronto: Carswell, 2011, 35.	173
Myers, Fred. “Justice Farley in Real Time”, in Janis P. Sarra, ed., <i>Annual Review of Insolvency Law 2006</i> . Toronto: Thomson Carswell, 2007, 19.	445
Nations Unies. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. <i>Guide législatif sur le droit de l’insolvabilité</i> , New York, Nations Unies, 2005.	445
Nations Unies. Office contre la drogue et le crime. <i>Travaux préparatoires des négociations en vue de l’élaboration de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s’y rapportant</i> , New York, Nations Unies, 2008.	730
Neufeld, Heather. “Inadequacies of the Humanitarian and Compassionate Procedure for Abused Immigrant Spouses” (2009), 22 <i>J.L. & Soc. Pol’y</i> 177.	957

	PAGE
<i>New Nation (The)</i> , February 4 and 11, 1870.	586
Nollkaemper, André. <i>National Courts and the International Rule of Law</i> . Oxford: Oxford University Press, 2011.	726
Oliver, E. H., dir. <i>Le Nord-Ouest canadien : son évolution primitive et ses archives législatives</i> , vol. I, Ottawa, Imprimerie du Gouvernement, 1916.	577
Oliver, E. H., dir. <i>Le Nord-Ouest canadien : son évolution primitive et ses archives législatives</i> , vol. II, Ottawa, J. de L. Taché, 1919.	578
Oliver, E. H., ed. <i>The Canadian North-West: Its Early Development and Legislative Records</i> , vol. I. Ottawa: Government Printing Bureau, 1914.	577
Oliver, E. H., ed. <i>The Canadian North-West: Its Early Development and Legislative Records</i> , vol. II. Ottawa: Government Printing Bureau, 1915.	578
Ontario. Attorney General’s Advisory Committee on Class Action Reform. <i>Report of the Attorney General’s Advisory Committee on Class Action Reform</i> . Toronto: The Committee, 1990.	843, 890
Ontario. Bureau du vérificateur général de l’Ontario. <i>Rapport annuel 2011</i> , Toronto, Imprimeur de la Reine, 2011.	203
Ontario. Commission de réforme du droit. <i>Report on Class Actions</i> , vols. I and III, Toronto, ministère du Procureur général, 1982.	846, 888
Ontario. Commission des valeurs mobilières. « Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market — Notice and Request for Comment » (1998), 21 OSCB 3335 and 3367.	847
Ontario. Law Reform Commission. <i>Report on Class Actions</i> , vols. I and III. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1982.	846, 888
Ontario. Office of the Auditor General of Ontario. <i>2011 Annual Report</i> . Toronto: Queen’s Printer, 2011.	203
Ontario. Securities Commission. “Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market — Notice and Request for Comment” (1998), 21 OSCB 3335 and 3367.	847
Osborne, Philip H. <i>The Law of Torts</i> , 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2011.	40
<i>Oxford English Dictionary</i> , 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, “prudent”.	236
Pallante, Maria A. “The Next Great Copyright Act” (2013), 36 <i>Colum. J.L. & Arts</i> 315.	681
Perell, Paul M., and John W. Morden. <i>The Law of Civil Procedure in Ontario</i> , 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.	98, 845, 896
Pitel, Stephen, and Robert Solomon. “Estimating the Number and Cost of Impairment-Related Traffic Crashes in Canada: 1999 to 2010”, MADD Canada, April 2013 (online).	280
Pitel, Stephen, et Robert Solomon. « Conduite avec facultés affaiblies – Estimation du nombre de collisions et des coûts afférents, 1999 à 2010 », MADD Canada, avril 2013 (en ligne).	280
Pitel, Stephen G. A., and Cheryl D. Dusten. “Lost in Transition: Answering the Questions Raised by the Supreme Court of Canada’s New Approach to Jurisdiction” (2006), 85 <i>Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 61.	119
Pitel, Stephen G. A., and Nicholas S. Rafferty. <i>Conflict of Laws</i> . Toronto: Irwin Law, 2010.	91
Porretta, Christina, and Rahim Punjani. “The Clock Strikes: A Review of the Limitations Act, 2002, A Decade Later” (2015), 44 <i>Adv. Q.</i> 346.	881
<i>Principes directeurs sur la protection internationale n° 8 : Les demandes d’asile d’enfants dans le cadre de l’article 1(A)2 et de l’article 1(F) de la Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés</i> , HCR/GIP/09/08, 22 décembre 2009.	936

Reid, Laurie, and John Todd. “New Developments in Rate Design for Electricity Distributors”, in Gordon Kaiser and Bob Heggie, eds., <i>Energy Law and Policy</i> . Toronto: Carswell, 2011, 519.	165, 224
Renaud, Gilles. <i>Principes de la détermination de la peine</i> . Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2004.	1159
Renaud, Gilles. <i>The Sentencing Code of Canada: Principles and Objectives</i> . Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.	1141
Richard, Hugues G., and Laurent Carrière et al., eds. <i>Canadian Copyright Act Annotated</i> , vol. 3. Toronto: Carswell, 1993 (loose-leaf updated 2015, release 8).	689
Roach, Kent. <i>Criminal Law</i> , 5th ed. Toronto: Irwin Law, 2012.	35
Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan. <i>Sentencing</i> , 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.	1142
Sarra, Janis P., Geoffrey B. Morawetz and L. W. Houlden. <i>The 2015 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act</i> . Toronto: Carswell, 2015.	450, 467
Semple, Noel. “The Case for Tribunal Standing in Canada” (2007), 20 <i>C.J.A.L.P./R.C.D.A.P.</i> 305.	176
Shearer, I. A. <i>Extradition in International Law</i> . Manchester: Manchester University Press, 1971.	1028, 1056
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. <i>The Law of Evidence in Canada</i> . Toronto: Butterworths, 1992.	1003
Stanley, George F. G. <i>The Birth of Western Canada: A History of the Riel Rebellions</i> . London: Longmans, Green and Co., 1936.	587
Stubbs, Roy St. George. <i>Four Recorders of Rupert’s Land: A Brief Survey of the Hudson’s Bay Company Courts of Rupert’s Land</i> . Winnipeg: Peguis Publishers, 1967.	580
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan on the Construction of Statutes</i> , 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.	142, 500, 719, 771, 894
Syrtaash, Veronica. “Supra-National Limitations on Copyright Exceptions: Canada’s Ephemeral Exception and the “Three-Step Test”” (2005-2006), 19 <i>I.P.J.</i> 521.	645
Taché, Alexandre A. <i>L’amnistie</i> , Montréal, Le Nouveau monde, 1874.	589
Thomas, D. A. <i>Principles of Sentencing</i> , 2nd ed. London: Heinemann, 1979.	1117
Thomas, Lewis Herbert. <i>The Struggle for Responsible Government in the North-West Territories: 1870-97</i> , 2nd ed. Toronto: University of Toronto Press, 1978.	600
Toronto Stock Exchange. Committee on Corporate Disclosure. <i>Final Report — Responsible Corporate Disclosure: A Search for Balance</i> . Toronto: The Exchange, 1997.	847, 891
Tussey, Deborah. “Technology Matters: The Courts, Media Neutrality, and New Technologies” (2005), 12 <i>J. Intell. Prop. L.</i> 427.	681
Uniform Law Conference of Canada. <i>Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act</i> (online).	113
United Nations. Commission on International Trade Law. <i>Legislative Guide on Insolvency Law</i> . New York: United Nations, 2005.	445
United Nations. Office on Drugs and Crime. <i>Travaux préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto</i> . New York: United Nations, 2006.	730
Vaver, David. <i>Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2011.	646

	PAGE
Walker, Janet. <i>Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws</i> , 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated June 2015, release 50).	99
Walton, Luanne A. "Paramountcy: A Distinctly Canadian Solution" (2003-2004), 15 <i>N.J.C.L.</i> 335.	435
Watson, Garry D., and Frank Au. "Constitutional Limits on Service Ex Juris: Unanswered Questions from Morguard" (2000), 23 <i>Advocates' Q.</i> 167.	111
Winkler, Warren K., et al. <i>The Law of Class Actions in Canada</i> . Toronto: Canada Law Book, 2014.	901
Wood, Roderick J. <i>Bankruptcy and Insolvency Law</i> . Toronto: Irwin Law, 2009.	352, 446, 464

Jeyakannan Kanthasamy *Appellant*

v.

Minister of Citizenship and Immigration
Respondent

and

**Canadian Council for Refugees,
Justice for Children and Youth,
Barbra Schlifer Commemorative Clinic,
Canadian Centre for Victims of Torture,
Canadian Association of Refugee Lawyers
and Parkdale Community Legal Services**
Interveners

**INDEXED AS: KANTHASAMY v. CANADA
(CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**

2015 SCC 61

File No.: 35990.

2015: April 16; 2015: December 10.

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

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

Immigration — Judicial review — Refugee claim — Humanitarian and compassionate considerations — Best interests of child — 17-year-old refugee claimant from Sri Lanka seeking humanitarian and compassionate exemption to apply for permanent residence from within Canada — Whether decision to deny relief was reasonable exercise of humanitarian and compassionate discretion — Proper role of Ministerial Guidelines used by immigration officers in determining whether humanitarian and compassionate considerations warrant relief — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 25(1).

K is a Tamil from northern Sri Lanka. In April 2010, fearing for his safety after he was subjected to detention and questioning by the Sri Lankan army and police,

Jeyakannan Kanthasamy *Appellant*

c.

Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
Intimé

et

**Conseil canadien pour les réfugiés,
Justice for Children and Youth,
Barbra Schlifer Commemorative Clinic,
Canadian Centre for Victims of Torture,
Association canadienne des avocats
et avocates en droit des réfugiés
et Parkdale Community Legal Services**
Intervenants

**RÉPERTORIÉ : KANTHASAMY c. CANADA
(CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)**

2015 CSC 61

N° du greffe : 35990.

2015 : 16 avril; 2015 : 10 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Immigration — Contrôle judiciaire — Demande d'asile — Considérations d'ordre humanitaire — Intérêt supérieur de l'enfant — Sollicitation d'une dispense pour considérations d'ordre humanitaire par un demandeur d'asile sri-lankais de 17 ans afin de présenter au Canada une demande de résidence permanente — La décision de refuser la dispense résultait-elle d'un exercice raisonnable du pouvoir discrétionnaire fondé sur des considérations d'ordre humanitaire? — Portée véritable des Lignes directrices qu'utilisent les agents d'immigration pour déterminer si des considérations d'ordre humanitaire justifient ou non une dispense — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27, art. 25(1).

K est un Tamoul originaire du nord du Sri Lanka. En avril 2010, craignant pour sa sécurité après qu'il eut été détenu et interrogé par l'armée et la police sri-lankaises,

K's family arranged for him to travel to Canada to live with his uncle. He was 16 years old. When he arrived in Canada, he made a claim for refugee protection which was refused. K's application for a pre-removal risk assessment was also rejected. K additionally filed an application for humanitarian and compassionate relief under s. 25(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* seeking to apply for permanent resident status from within Canada. The Officer reviewing his application concluded that relief was not justified as she was not satisfied that a return to Sri Lanka would result in hardship that was unusual and undeserved or disproportionate. On judicial review, the Federal Court found that the Officer's decision to deny relief was reasonable. The Federal Court of Appeal agreed.

Held (Moldaver and Wagner JJ. dissenting): The appeal should be allowed. The Officer's decision was unreasonable and should be set aside. The matter is remitted for reconsideration.

Per McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Karakatsanis and Gascon JJ: Section 25(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* gives the Minister discretion to exempt foreign nationals — individuals who are neither citizens nor permanent residents — from the ordinary requirements of the *Act* if the Minister is of the opinion that such relief is justified by humanitarian and compassionate considerations. Those considerations are to include the best interests of a child directly affected. The purpose of s. 25(1) is to offer equitable relief. That purpose was furthered in Ministerial Guidelines intended to assist immigration officers in determining whether humanitarian and compassionate considerations warrant relief under s. 25(1). They state that the determination of whether there are sufficient grounds to justify granting a humanitarian and compassionate application under s. 25(1) is done by an "assessment of hardship". What warrants relief will vary depending on the facts and context of the case, but officers making humanitarian and compassionate determinations must substantively consider and weigh all the relevant facts and factors before them. An officer can take the underlying facts adduced in refugee determination proceedings into account in determining whether the applicant's circumstances warrant humanitarian and compassionate relief.

The Guidelines state that applicants must demonstrate either "unusual and undeserved" or "disproportionate" hardship for relief under s. 25(1) to be granted. "Unusual

sa famille a pris les arrangements nécessaires afin qu'il se rende au Canada pour y vivre chez son oncle. Il était alors âgé de 16 ans. À son arrivée au pays, il a demandé la protection à titre de réfugié, ce qui lui a été refusé. Sa demande d'examen des risques avant renvoi a elle aussi débouché sur une décision défavorable. Il a également demandé une dispense pour considérations d'ordre humanitaire sur le fondement du par. 25(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* afin de présenter au Canada sa demande de résidence permanente. L'agente saisie de la demande a conclu que la dispense sollicitée n'était pas justifiée car elle n'était pas convaincue que le renvoi de K au Sri Lanka lui causerait des difficultés inhabituelles et injustifiées ou démesurées. À l'issue d'un contrôle judiciaire, la Cour fédérale a conclu que la décision de l'agente de refuser la dispense était raisonnable. La Cour d'appel fédérale a confirmé sa décision.

Arrêt (les juges Moldaver et Wagner sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. La décision de l'agente est déraisonnable et doit être annulée. Le dossier est renvoyé pour réexamen.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Karakatsanis et Gascon : Le paragraphe 25(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* confère au ministre un pouvoir discrétionnaire qui lui permet de dispenser un étranger — soit une personne qui n'est ni citoyen ni résident permanent — du respect des exigences habituelles de la *Loi* s'il estime que des considérations d'ordre humanitaire le justifient. Ces considérations englobent l'intérêt supérieur d'un enfant directement touché. La raison d'être du par. 25(1) est d'offrir une mesure à vocation équitable. Les Lignes directrices ministérielles conçues à l'intention des agents d'immigration afin de les aider à déterminer si des considérations d'ordre humanitaire justifient ou non une dispense fondée sur le par. 25(1) vont dans ce sens. Elles prévoient que l'« évaluation des difficultés » permet de déterminer si des considérations d'ordre humanitaire justifient une dispense sur le fondement du par. 25(1). Ce qui justifie une dispense dépend des faits et du contexte du dossier, mais l'agent appelé à se prononcer sur l'existence de considérations d'ordre humanitaire doit véritablement examiner tous les faits et les facteurs pertinents portés à sa connaissance et leur accorder du poids. L'agent peut tenir compte des faits présentés à l'appui d'une demande d'asile pour déterminer si la situation du demandeur justifie ou non une dispense pour considérations d'ordre humanitaire.

Pour obtenir la dispense prévue au par. 25(1), le demandeur doit, selon les Lignes directrices, démontrer l'existence de difficultés « inhabituelles et injustifiées »

and undeserved hardship” is defined in the Guidelines as hardship that is “not anticipated or addressed” by the *Act* or its regulations, and is “beyond the person’s control”. “Disproportionate hardship” is defined as “an unreasonable impact on the applicant due to their personal circumstances”.

While the Guidelines are useful, they are not legally binding and are not intended to be either exhaustive or restrictive. Officers should not fetter their discretion by treating them as if they were mandatory requirements that limit the equitable humanitarian and compassionate discretion anticipated by s. 25(1). The words “unusual and undeserved or disproportionate hardship” should instead be treated as descriptive, not as creating three new thresholds for relief separate and apart from the humanitarian purpose of s. 25(1). As a result, officers should not look at s. 25(1) through the lens of the three adjectives as discrete and high thresholds. This has the result of using the language of “unusual and undeserved or disproportionate hardship” in a way that limits the officer’s ability to consider and give weight to *all* relevant humanitarian and compassionate considerations in a particular case. The three adjectives should be seen as instructive but not determinative, allowing s. 25(1) to respond more flexibly to the equitable goals of the provision.

Section 25(1) also refers to the need to take into account the best interests of a child directly affected. Where, as here, the legislation specifically directs that the best interests of a child who is “directly affected” be considered, those interests are a singularly significant focus and perspective. The “best interests” principle is highly contextual because of the multitude of factors that may impinge on the child’s best interests. A decision under s. 25(1) will therefore be found to be unreasonable if the interests of children affected by the decision are not sufficiently considered.

It is difficult to see how a child can be more directly affected than when he or she is the applicant. The status of the applicant as a child triggers not only the requirement that the “best interests” be treated as a significant factor in the analysis, it should also influence the manner in which the child’s other circumstances are evaluated. And since children will rarely, if ever, be deserving of *any* hardship, the concept of unusual or undeserved

ou « démesurées ». Suivant leur définition dans les Lignes directrices, les difficultés « inhabituelles et injustifiées » sont celles « non envisagées » par la *Loi* ou son règlement d’application et qui sont « le résultat de circonstances indépendantes de [la] volonté [du demandeur] ». Quant aux « difficultés démesurées », ce sont celles qui « auraient un impact déraisonnable sur le demandeur en raison de sa situation personnelle ».

Les Lignes directrices sont certes utiles, mais elles ne sont pas juridiquement contraignantes et ne se veulent ni exhaustives ni restrictives. L’agent ne doit pas y voir des exigences absolues qui limitent le pouvoir discrétionnaire à vocation équitable que le par. 25(1) lui permet d’exercer lorsque des considérations d’ordre humanitaire le justifient. Il faut plutôt considérer que l’expression « difficultés inhabituelles et injustifiées ou démesurées » est de nature descriptive et ne crée pas, pour l’obtention d’une dispense, trois nouveaux seuils en sus de celui des considérations d’ordre humanitaire que prévoit déjà le par. 25(1). Par conséquent, ce que l’agent ne doit pas faire c’est voir dans le par. 25(1) trois adjectifs à chacun desquels s’applique un seuil élevé. Cela reviendrait en effet à appliquer la notion de « difficultés inhabituelles et injustifiées ou démesurées » d’une manière qui restreint sa faculté d’examiner et de soupeser *toutes* les considérations d’ordre humanitaire pertinentes dans un cas donné. Les trois adjectifs doivent être considérés comme des éléments instructifs, mais non décisifs, qui permettent au par. 25(1) de répondre avec plus de souplesse aux objectifs d’équité qui le sous-tendent.

Le paragraphe 25(1) renvoie aussi à la nécessité de tenir compte de l’intérêt supérieur de l’enfant directement touché. Lorsque, comme en l’espèce, la loi exige expressément la prise en compte de l’intérêt supérieur de l’enfant « directement touché », cet intérêt représente une considération singulièrement importante dans l’analyse. L’application du principe de l’« intérêt supérieur » de l’enfant dépend fortement du contexte en raison de la multitude de facteurs qui risquent de faire obstacle à l’intérêt de l’enfant. Par conséquent, la décision rendue en application du par. 25(1) sera jugée déraisonnable lorsque l’intérêt supérieur de l’enfant qu’elle touche n’est pas suffisamment pris en compte.

Il est difficile de concevoir qu’un enfant puisse être plus directement touché que lorsqu’il est l’auteur de la demande. Étant donné la qualité d’enfant du demandeur, non seulement l’« intérêt supérieur » doit constituer un élément important de l’analyse, mais il doit aussi jouer dans l’appréciation des autres aspects de la situation de l’enfant. Et comme les enfants méritent rarement, sinon jamais, d’être exposés à *quelque* difficulté, la notion de

hardship is presumptively inapplicable to the assessment of the hardship invoked by a child to support his or her application for humanitarian and compassionate relief. Because children may experience greater hardship than adults faced with a comparable situation, circumstances which may not warrant humanitarian and compassionate relief when applied to an adult, may nonetheless entitle a child to relief.

In this case, the Officer failed to consider K's circumstances as a whole and took an unduly narrow approach to the assessment of his circumstances. The Officer failed to give sufficiently serious consideration to K's youth, his mental health, and the evidence that he would suffer discrimination if he were returned to Sri Lanka. Instead, she took a segmented approach, assessing each factor to see whether it represented hardship that was "unusual and undeserved or disproportionate". The Officer's literal obedience to those words, which do not appear anywhere in s. 25(1), rather than looking at K's circumstances as a whole, led her to see each of them as a distinct legal test, rather than as words designed to help reify the equitable purpose of the provision. This had the effect of improperly restricting her discretion, rendering her decision unreasonable.

The Officer accepted the diagnosis in the psychological report of post-traumatic stress disorder, yet required K to adduce *additional* evidence about whether he did or did not seek treatment, whether any was even available, or what treatment was or was not available in Sri Lanka. Once she accepted that he had post-traumatic stress disorder, adjustment disorder, and depression based on his experiences in Sri Lanka, requiring further evidence of the availability of treatment, either in Canada or in Sri Lanka, undermined the diagnosis and had the problematic effect of making it a conditional rather than a significant factor. In her exclusive focus on whether treatment was available to K in Sri Lanka, the Officer ignored what the effect of removal from Canada would be on his mental health. The fact that K's mental health would likely worsen if he were to be removed to Sri Lanka is a relevant consideration that must be identified and weighed regardless of whether there is treatment available in Sri Lanka to help treat his condition. And while the Officer did not dispute the psychological report presented, she found that the medical opinion rested mainly on hearsay because the psychologist was not a witness to the events that led to the anxiety experienced by K. This disregards the unavoidable reality that psychological reports like the one in this case will necessarily be based to some degree

difficultés inhabituelles et injustifiées ne saurait généralement s'appliquer aux difficultés alléguées par un enfant à l'appui de sa demande de dispense pour considérations d'ordre humanitaire. Puisque l'enfant peut éprouver de plus grandes difficultés qu'un adulte aux prises avec une situation comparable, des circonstances qui ne justifieraient pas une dispense dans le cas d'un adulte pourraient néanmoins la justifier dans le cas d'un enfant.

Dans la présente affaire, l'agente n'a pas tenu compte de la situation de K de manière globale et l'a examinée de manière trop restrictive. Elle n'a pas accordé une attention suffisamment sérieuse au jeune âge de K, à son état de santé mentale et aux éléments de preuve suivant lesquels il serait victime de discrimination s'il était renvoyé au Sri Lanka. Elle a plutôt eu recours à une démarche fragmentaire et s'est penchée sur chacun des facteurs invoqués pour déterminer s'il correspondait ou non à des difficultés « inhabituelles et injustifiées ou démesurées ». L'interprétation littérale de cette expression — une démarche qui ne s'appuie aucunement sur le libellé du par. 25(1) — en lieu et place d'une appréciation globale de la situation de K l'a amenée à voir dans chacun des adjectifs un critère juridique distinct plutôt qu'un terme visant à concrétiser la vocation équitable de la disposition. Cela a eu pour effet de limiter indûment son pouvoir discrétionnaire et de rendre sa décision déraisonnable.

Après avoir fait droit au diagnostic d'un trouble de stress post-traumatique de la psychologue, l'agente a quand même exigé de K une preuve *supplémentaire* quant à savoir s'il avait ou non cherché à obtenir des soins ou si des soins étaient même offerts, ou quant aux soins qui existaient ou non au Sri Lanka. Une fois reconnu que K souffrait d'un trouble de stress post-traumatique, d'un trouble d'adaptation et de dépression en raison de ce qu'il avait vécu au Sri Lanka, exiger en sus la preuve de l'existence de soins au Canada ou au Sri Lanka a mis à mal le diagnostic et a eu l'effet discutabile d'en faire un facteur conditionnel plutôt qu'important. En s'attachant uniquement à la possibilité que K soit traité au Sri Lanka, l'agente a passé sous silence les répercussions de son renvoi du Canada sur sa santé mentale. Le fait même que K verrait, selon toute vraisemblance, sa santé mentale se détériorer s'il était renvoyé au Sri Lanka constitue une considération pertinente qui doit être retenue puis soupesée, peu importe la possibilité d'obtenir au Sri Lanka des soins susceptibles d'améliorer son état. Et même si elle n'a pas contesté le rapport de la psychologue, l'agente a conclu que l'opinion médicale reposait essentiellement sur du oui-dire, car la psychologue n'avait pas été témoin des faits à l'origine de l'anxiété vécue par K. Cette conclusion méconnaît une réalité incontournable, à savoir qu'un

on hearsay. Only rarely will a mental health professional personally witness the events for which a patient seeks professional assistance. To suggest that applicants for relief on humanitarian and compassionate grounds may only file expert reports from professionals who have witnessed the facts or events underlying their findings, is unrealistic and results in the absence of significant evidence. A psychologist need not be an expert on country conditions in a particular country to provide expert information about the probable psychological effect of removal from Canada.

The Officer considered the discrimination K would likely endure in Sri Lanka, but effectively concluded that in the absence of evidence from K that he would be personally targeted by discriminatory action, there was no evidence of discrimination. This approach however, failed to account for the fact that discrimination can be inferred where an applicant shows that he or she is a member of a group that is discriminated against. Evidence of discrimination experienced by others who share the applicant's identity is relevant under s. 25(1), whether or not the applicant has evidence that he or she has been personally targeted.

Further, the Officer here did not appear to turn her mind to how K's status as a child affected the evaluation of the other evidence raised in his application. This approach is inconsistent with how hardship should be uniquely addressed for children. Moreover, by evaluating K's best interests through the same literal approach she applied to each of his other circumstances — whether the hardship was “unusual and undeserved or disproportionate” — the Officer misconstrued the best interests of the child analysis, most crucially disregarding the guiding admonition that children cannot be said to be deserving of hardship.

The Officer therefore avoided the requisite analysis of whether, in light of the humanitarian purpose of s. 25(1), the evidence *as a whole* justified relief. This approach unduly fettered her discretion and led to its unreasonable exercise.

Per Moldaver and Wagner JJ. (dissenting): While there is agreement with much of the majority's discussion on the meaning of the phrase “justified by humanitarian and compassionate considerations”, there is no agreement with the test proposed for granting relief under s. 25(1). The

rapport d'évaluation psychologique comme celui soumis en l'espèce comporte nécessairement une part de oui-dire. Un professionnel de la santé mentale n'assiste que rarement aux événements pour lesquels un patient le consulte. La prétention selon laquelle la personne qui demande une dispense pour considérations d'ordre humanitaire ne peut présenter que le rapport d'expert d'un professionnel qui a été témoin des faits ou des événements qui sous-tendent ses conclusions est irréaliste et y faire droit entraînerait d'importantes lacunes dans la preuve. Un psychologue n'a pas à être expert de la situation dans un pays en particulier pour donner son opinion sur les conséquences psychologiques probables d'un renvoi du Canada.

L'agente a considéré la discrimination dont K serait vraisemblablement victime au Sri Lanka, mais elle a en fait conclu que, à défaut d'éléments de preuve selon lesquels il ferait personnellement l'objet de mesures discriminatoires, il n'y avait pas de preuve de discrimination. Or, cette démarche ne tenait pas compte du fait que la discrimination peut être inférée lorsqu'un demandeur établit qu'il appartient à un groupe qui est victime de discrimination. La preuve d'actes discriminatoires contre d'autres personnes qui partagent les mêmes caractéristiques personnelles est donc pertinente pour l'application du par. 25(1), et ce, que le demandeur puisse démontrer ou non qu'il est personnellement visé.

Qui plus est, l'agente n'a pas paru envisager en l'espèce que la qualité d'enfant de K puisse jouer dans l'appréciation des autres éléments invoqués à l'appui de la demande. Sa démarche est incompatible avec le caractère unique de l'examen des difficultés qui s'impose dans le cas d'un enfant. De plus, lorsqu'elle a apprécié l'intérêt supérieur de K et qu'elle l'a soumis à la même interprétation littérale que tous les autres volets de sa situation, c'est-à-dire en se demandant si les difficultés appréhendées seraient « inhabituelles et injustifiées ou démesurées », elle a interprété erronément la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, surtout en ce qu'elle a fait abstraction de la mise en garde éclairante selon laquelle les enfants méritent rarement, sinon jamais, d'être exposés à des difficultés.

L'agente a donc omis de se demander si, étant donné la vocation humanitaire du par. 25(1), la preuve considérée *dans son ensemble* justifiait une dispense. De ce fait, elle a limité indûment son pouvoir discrétionnaire, ce qui a donné lieu à un exercice déraisonnable de ce pouvoir.

Les juges Moldaver et Wagner (dissidents) : Malgré l'accord avec une grande partie de l'analyse des juges majoritaires concernant le sens de l'expression « des considérations d'ordre humanitaire [. . .] le justifient », il y a désaccord quant au critère proposé pour l'octroi

scheme of the *Immigration and Refugee Protection Act* and the intention of Parliament in enacting s. 25(1) suggest that this provision is meant to provide a flexible — but exceptional — mechanism for relief. Giving it an overly broad interpretation risks creating a separate, freestanding immigration process, something Parliament clearly did not intend. Parliament recognized that cases could arise in which the strict application of the rules would not reflect Canada's policy goals, or would lead to an arbitrary or inhumane result. That said, Parliament did not intend to provide relief on a routine basis. The test for humanitarian and compassionate (“H&C”) relief must balance the dual characteristics of stringency and flexibility and reflect the broad range of factors that may be relevant.

The hardship test is a good test in that it achieves the degree of stringency required to grant H&C relief. If an applicant can demonstrate “unusual and undeserved or disproportionate hardship”, he or she should be granted relief. However, the test falls down on the flexibility side as it risks excluding or diminishing the weight that some factors may deserve in deciding whether H&C relief should be granted. Section 25(1) does not limit *when* the relevant H&C considerations must occur; nor does it require that they be viewed only from the applicant's perspective. It asks only that decision makers look at H&C considerations *relating to* the applicant. Section 25(1) is framed in broad terms because it is impossible to foresee all situations in which it might be appropriate to grant relief to someone seeking to enter or remain in Canada. A more comprehensive approach is therefore required.

Bearing in mind the purpose and context of s. 25(1), and the fact that the hardship test used to date may, in some circumstances, be overly restrictive, the test for granting relief should be reframed as follows: whether, having regard to all of the circumstances, including the exceptional nature of H&C relief, the applicant has demonstrated that decent, fair-minded Canadians would find it simply unacceptable to deny the relief sought. To be “simply unacceptable”, a case should be sufficiently compelling to generate a broad consensus that exceptional relief should be granted. This test maintains the stringency of the hardship test — but does not exceed it. At the same time, it is more flexible than the hardship test. It asks decision makers to turn their minds to all of the relevant circumstances when deciding whether refusing relief would

de la dispense prévue au par. 25(1). Le régime de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, ainsi que l'intention du législateur lorsqu'il a adopté le par. 25(1), indiquent que, pour les besoins de la disposition, la procédure se veut souple, mais d'application exceptionnelle. Interpréter trop largement cette disposition risque de créer un processus d'immigration autonome distinct, ce que le législateur n'a clairement pas voulu. Le législateur a reconnu qu'il peut arriver que l'application stricte des règles ne soit pas conforme aux objectifs généraux du Canada ou qu'elle mène à un résultat arbitraire ou inhumain. Cela dit, il n'entendait pas accorder la dispense d'office. Le critère applicable à l'octroi de la dispense pour considérations d'ordre humanitaire met en balance les deux caractéristiques que sont la rigueur et la souplesse et reflète la vaste gamme des facteurs susceptibles d'être pertinents.

Le critère des difficultés est valable en ce qu'il garantit la rigueur nécessaire à l'octroi de la dispense pour considérations d'ordre humanitaire. Le demandeur qui peut démontrer qu'il sera exposé à des « difficultés inhabituelles et injustifiées ou démesurées » doit obtenir la dispense. Mais ce critère ne permet pas assez de souplesse et risque d'exclure certains facteurs ou d'en atténuer l'importance au moment de décider si une dispense pour considérations d'ordre humanitaire doit être accordée ou non. Le paragraphe 25(1) ne précise pas la *période pendant laquelle* il doit y avoir considérations d'ordre humanitaire et il ne requiert pas non plus que l'existence de celles-ci ne soit envisagée que vis-à-vis du demandeur. Ce paragraphe exige seulement du décideur qu'il se penche sur l'existence de considérations d'ordre humanitaire *relatives* au demandeur. Il est formulé en termes généraux parce qu'il est impossible de prévoir toutes les situations où il pourrait être approprié d'accorder une dispense à une personne désireuse d'entrer au Canada ou d'y demeurer. Une approche plus globale s'impose donc.

Eu égard à l'objet et au contexte du par. 25(1), et compte tenu du fait que le critère des difficultés appliqué jusqu'à ce jour peut, dans certains cas, être trop restrictif, le critère applicable à l'octroi de la dispense devrait être reformulé comme suit : compte tenu de toutes les circonstances, dont la nature exceptionnelle de la dispense pour considérations d'ordre humanitaire, le demandeur a-t-il démontré qu'un Canadien honnête et ouvert d'esprit estimerait qu'il est simplement inacceptable de ne pas faire droit à la demande? Pour que le refus soit « simplement inacceptable », la situation devrait être suffisamment pressante pour que l'opportunité d'une dispense exceptionnelle fasse largement consensus. Ce critère conserve la rigueur du critère des difficultés sans l'accroître. Pourtant, le critère proposé est plus souple que celui des difficultés. Le décideur

be “simply unacceptable”. This prevents decision makers from excluding relevant H&C considerations because they do not fit within the future-oriented hardship framework or because they do not involve hardship experienced solely by the applicant. The test proposed by the majority does not provide any guidance to decision makers as to the kinds of factors outside the hardship test that would be sufficient to justify relief. Even more problematic, by introducing equitable principles, it runs the risk of watering down the stringency of the hardship test.

The Officer’s decision in this case falls within the range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law, and was therefore reasonable. Decision making under s. 25(1) is highly discretionary and is entitled to deference. Care must be taken not to overly dissect or parse an officer’s reasons. Rather, reasonableness review entails respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision. As is the case with every other court, this Court has no licence to find an officer’s decision unreasonable simply because it would itself have come to a different result, lest we be accused of adopting a “do as we say, not what we do” approach to reasonableness review.

In evaluating the application, the decision maker must not segment the evidence and require that each piece either rise above the hardship threshold or be discounted entirely. Rather, the decision maker must fairly consider the totality of the circumstances and base the disposition on the evidence as a whole. Likewise, the decision maker must not fetter his or her discretion by applying the Guidelines — the “unusual and undeserved or disproportionate hardship” framework — as a strict legal test to the exclusion of all other factors. Taken as a whole, the Officer’s decision in this case denying K’s H&C application is transparent. She provided intelligible reasons for concluding that K did not meet his onus of establishing, on balance, that he should be permitted to apply for permanent residency from within Canada for H&C reasons. She did not use the hardship framework in a way that fettered her discretion or caused her to discount relevant evidence. Her conclusions are reasonable, and well-supported by the record. While aspects of K’s situation warrant sympathy, sympathetic circumstances alone do not meet the threshold required to obtain relief.

doit examiner toutes les circonstances pertinentes pour décider s’il serait « simplement inacceptable » de refuser la dispense. Dès lors, il ne peut exclure des considérations d’ordre humanitaire pertinentes au motif qu’elles ne cadrent pas avec l’analyse prospective inhérente au critère des difficultés ou qu’elles ne concernent pas des difficultés que seul le demandeur risque de rencontrer. Le critère dont les juges majoritaires préconisent l’application ne permet pas au décideur de savoir quels éléments étrangers au critère des difficultés peuvent justifier une dispense. Mais surtout, le recours aux principes d’équité risque d’atténuer la rigueur du critère des difficultés.

La décision de l’agente en l’espèce appartient aux issues possibles et acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit et elle est de ce fait raisonnable. La décision rendue sur le fondement du par. 25(1) est hautement discrétionnaire et commande la déférence. Il faut se garder de trop décortiquer ou disséquer les motifs d’un agent. La norme de la raisonabilité appelle plutôt une attention respectueuse aux motifs invoqués à l’appui de la décision ou à ceux qui pourraient l’être. Comme n’importe quel tribunal, la Cour ne peut conclure au caractère déraisonnable de la décision d’un agent pour le seul motif qu’elle serait arrivée, elle, à un autre résultat, sous peine de se voir reprocher de ne pas faire ce qu’elle préconise lors d’un contrôle au regard de la norme de la raisonabilité.

Lorsqu’il examine la demande, le décideur ne doit pas fragmenter la preuve et exiger que chacun de ses éléments satisfasse au critère des difficultés sous peine d’être totalement écarté. Il doit plutôt bien apprécier la totalité des circonstances et appuyer sa décision sur la preuve dans son ensemble. De même, il ne doit pas limiter son pouvoir discrétionnaire en appliquant les Lignes directrices — et leur critère des « difficultés inhabituelles et injustifiées ou démesurées » — comme s’il s’agissait d’un critère juridique strict, à l’exclusion de tous les autres facteurs. Dans l’ensemble, la décision de l’agente de refuser à K une dispense pour considérations d’ordre humanitaire est transparente. Elle renferme des motifs intelligibles à l’appui de la conclusion selon laquelle K n’a pas établi, selon la prépondérance des probabilités, qu’il convient de lui accorder, pour des considérations d’ordre humanitaire, une dispense lui permettant de présenter au Canada une demande de résidence permanente. L’agente n’a pas eu recours au critère des difficultés de manière à limiter son pouvoir discrétionnaire ou à écarter des éléments de preuve pertinents. Ses conclusions sont raisonnables et bien étayées par le dossier. Certains aspects de la situation de K inspirent de la sympathie, mais cela ne suffit pas à justifier la dispense.

It was open to the Officer to find that the record did not justify relief under s. 25(1). While the Officer's reasons could have engaged more fully with the psychological evidence and while it would have been helpful had she specifically addressed the issue of the impact of removal on K's mental health, her failure to do so does not render her decision unreasonable. The Officer's approach to the issue of discrimination was also not unreasonable, nor did it render her decision unreasonable. The applicant need only show that the denial of relief would pose a certain risk of harm. However, that risk must necessarily be a "personalized risk", in the sense that the applicant must fall within the category of people who, on the evidence submitted, would face that risk. When viewed in context, the Officer's conclusion that K had failed to provide sufficient evidence to support his statements that he will be personally discriminated against simply reiterated the wording of his submissions. Lastly, the Officer's analysis and conclusion on K's best interests as a child were also reasonable. It was highly relevant that K was only one day away from turning 18 when he initially applied for H&C relief. K was a teenager on the verge of adulthood. On the record before her, it was open to the Officer to conclude that removal to Sri Lanka would not impair K's best interests, because he would be returning to his immediate family rather than being separated from them.

Although the Officer applied the hardship standard from the Guidelines, she did not do so in a way that fettered her discretion. Further, had she applied the test reframed, she would inevitably have come to the same result. The Officer's decision to deny an exemption to K was reasonable.

Cases Cited

By Abella J.

Referred to: *Minister of Manpower and Immigration v. Hardayal*, [1978] 1 S.C.R. 470; *Chirwa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1970), 4 I.A.C. 338; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *United States of America v. Johnson* (2002), 62 O.R. (3d) 327; *Diarra v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1515; *Love v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1569, 43 Imm. L.R. (3d) 111; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Rizvi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 463; *Irimie v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 10 Imm. L.R. 206; *Flores v. Canada (Minister of Citizenship and*

Il était loisible à l'agente de conclure que le dossier ne justifiait pas une dispense suivant le par. 25(1). L'agente aurait pu s'appesantir davantage la preuve d'ordre psychologique dans ses motifs et il aurait été utile qu'elle se penche expressément sur les répercussions du renvoi de K sur sa santé mentale, mais l'omission de le faire ne rend pas sa décision déraisonnable. Son approche de la discrimination n'était pas déraisonnable et elle n'a pas rendu sa décision déraisonnable. Le demandeur doit seulement démontrer que le refus de la dispense l'exposerait à un certain risque de préjudice. Or, le risque doit nécessairement être « personnel », c'est-à-dire que le demandeur doit appartenir à la catégorie des personnes qui, au vu de la preuve présentée, seraient exposées à un tel risque. Considérée dans son contexte, la conclusion de l'agente selon laquelle K n'a pas fourni suffisamment d'éléments de preuve pour étayer son allégation selon laquelle il sera personnellement victime de discrimination reprend simplement les termes employés par K. Enfin, l'analyse de l'agente de l'intérêt supérieur de K en tant qu'enfant et sa conclusion à ce sujet étaient raisonnables. Le fait que K a demandé la dispense pour considérations d'ordre humanitaire seulement un jour avant d'avoir 18 ans était très pertinent. K était un adolescent sur le point d'atteindre l'âge adulte. Au vu du dossier dont elle disposait, l'agente avait tout loisir de conclure que le renvoi de K au Sri Lanka ne compromettrait pas son intérêt supérieur, car il retournerait dans sa famille immédiate au lieu d'en être séparé.

L'agente a appliqué le critère des difficultés prévu par les Lignes directrices, mais elle l'a fait sans limiter son pouvoir discrétionnaire. En outre, si elle avait appliqué le critère reformulé, elle serait forcément arrivée au même résultat. Sa décision de refuser la dispense à K était raisonnable.

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêts mentionnés : *Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Hardayal*, [1978] 1 R.C.S. 470; *Chirwa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1970), 4 A.I.A. 351; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *United States of America c. Johnson* (2002), 62 O.R. (3d) 327; *Diarra c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1515; *Love c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1569; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Rizvi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 463; *Irimie c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2000 CanLII 16640; *Flores c. Canada*

Immigration), 2013 FC 1002; *Sivagurunathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 233; *Park v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 528; *Lim v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 956; *Chen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 447, 232 F.T.R. 118; *Hawthorne v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 475, [2003] 2 F.C. 555; *Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 621; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2; *Ha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 49, [2004] 3 F.C.R. 195; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76; *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27; *A.C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services)*, 2009 SCC 30, [2009] 2 S.C.R. 181; *A.B. v. Bragg Communications Inc.*, 2012 SCC 46, [2012] 2 S.C.R. 567; *MacGyver v. Richards* (1995), 22 O.R. (3d) 481; *Legault v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 125, [2002] 4 F.C. 358; *Kolosovs v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 165, 323 F.T.R. 181; *Kim v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 149, [2011] 2 F.C.R. 448; *Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 57, [2005] 2 S.C.R. 706; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84; *Davis v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 97, 96 Imm. L.R. (3d) 267; *Martinez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1295, 14 Imm. L.R. (4th) 66; *Divakaran v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 633; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61; *Aboubacar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 714; *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 166.

By Moldaver J. (dissenting)

Lim v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2002 FCT 956; *Pan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 1303; *Rizvi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 463; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Paz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,

(*Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*), 2013 CF 1002; *Sivagurunathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2013 CF 233; *Park c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2012 CF 528; *Lim c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 956; *Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 447; *Hawthorne c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 475, [2003] 2 C.F. 555; *Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2014 CF 621; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; *Ha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 49, [2004] 3 R.C.F. 195; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76; *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27; *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, 2009 CSC 30, [2009] 2 R.C.S. 181; *A.B. c. Bragg Communications Inc.*, 2012 CSC 46, [2012] 2 R.C.S. 567; *MacGyver c. Richards* (1995), 22 O.R. (3d) 481; *Legault c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 125, [2002] 4 C.F. 358; *Kolosovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 165; *Kim c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 149, [2011] 2 R.C.F. 448; *Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 57, [2005] 2 R.C.S. 706; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84; *Davis c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2011 CF 97; *Martinez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2012 CF 1295; *Divakaran c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2011 CF 633; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61; *Aboubacar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2014 CF 714; *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2012 CF 166.

Citée par le juge Moldaver (dissident)

Lim c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2002 CFPI 956; *Pan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 1303; *Rizvi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 463; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Paz c. Canada (Ministre de*

2009 FC 412; *Legault v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 125, [2002] 4 F.C. 358, leave to appeal refused, [2002] 4 S.C.R. vi; *Pannu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1356; *Jacob v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1382, 423 F.T.R. 1; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309; *Chirwa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1970), 4 I.A.C. 338; *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; *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458.

Statutes and Regulations Cited

Balanced Refugee Reform Act, S.C. 2010, c. 8, s. 4.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Immigration Act, R.S.C. 1952, c. 325, s. 8.
Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 114(2).
Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, s. 115(2).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 11(1), 25(1), (1.3), 62 to 71, 96, 97.
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, s. 6.
Immigration Appeal Board Act, S.C. 1966-67, c. 90, s. 15.

Treaties and Other International Instruments

Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992 No. 3, art. 3(1).
Guidelines on International Protection No. 8: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, HCR/GIP/09/08, December 22, 2009.

Authors Cited

Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of Christine E. Deacon. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, vol. 3. Toronto: Carswell, 2014 (loose-leaf updated May 2015, release 1).
 Canada. Citizenship and Immigration Canada. "IP 5: Immigrant Applications in Canada made on Humanitarian or Compassionate Grounds", in *Inland Processing* (online: <http://www.cic.gc.ca>).

la Citoyenneté et de l'Immigration, 2009 CF 412; *Legault c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 125, [2002] 4 C.F. 358, autorisation d'appel refusée, [2002] 4 R.C.S. vi; *Pannu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1356; *Jacob c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2012 CF 1382; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309; *Chirwa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1970), 4 A.I.A. 351; *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; *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés, L.C. 2010, c. 8, art. 4.
Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, c. I-2, art. 114(2).
Loi sur l'immigration, S.R.C. 1952, c. 325, art. 8.
Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, c. 52, art. 115(2).
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27, art. 11(1), 25(1), (1.3), 62 à 71, 96, 97.
Loi sur la Commission d'appel de l'immigration, S.C. 1966-67, c. 90, art. 15.
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 6.

Traité et autres instruments internationaux

Convention relative aux droits de l'enfant, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 3(1).
Principes directeurs sur la protection internationale n° 8 : Les demandes d'asile d'enfants dans le cadre de l'article 1(A)2 et de l'article 1(F) de la Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, HCR/GIP/09/08, 22 décembre 2009.

Doctrine et autres documents cités

Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of Christine E. Deacon. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, vol. 3, Toronto, Carswell, 2014 (loose-leaf updated May 2015, release 1).
 Canada. Bibliothèque du Parlement. Direction de la recherche parlementaire. « *Projet de loi C-11 : Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* », Résumé législatif LS-397F, par Jay Sinha et Margaret Young,

- Canada. Employment and Immigration Canada. *Immigration Manual*. 1986.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. XII, 1st Sess., 27th Parl., February 20, 1967, pp. 13267-68.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration. *Evidence*, No. 3, 1st Sess., 37th Parl., March 13, 2001, 9:55 to 10:00.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration. *Evidence*, No. 19, 3rd Sess., 40th Parl., May 27, 2010, 15:40.
- Canada. Library of Parliament. Parliamentary Research Branch. “*Bill C-11: The Immigration and Refugee Protection Act*”, Legislative Summary LS-397E, by Jay Sinha and Margaret Young, Law and Government Division, March 26, 2001, revised January 31, 2002.
- Canada. Senate and House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on Immigration Policy*, Issue No. 49, 1st Sess., 30th Parl., September 23, 1975, p. 12.
- Dyzenhaus, David. “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart, 1997, 279.
- Hawkins, Freda. *Canada and Immigration: Public Policy and Public Concern*. Montréal: McGill-Queen’s University Press, 1972.
- Jones, Martin, and Sasha Baglay. *Refugee Law*. Toronto: Irwin Law, 2007.
- Liew, Jamie Chai Yun, and Donald Galloway. *Immigration Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2015.
- Neufeld, Heather. “Inadequacies of the Humanitarian and Compassionate Procedure for Abused Immigrant Spouses” (2009), 22 *J.L. & Soc. Pol’y* 177.
- Division du droit et du gouvernement, 26 mars 2001, révisé le 31 janvier 2002.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l’immigration. *Témoignages*, n° 3, 1^{re} sess., 37^e lég., 13 mars 2001, 9 h 55 à 10 h.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l’immigration. *Témoignages*, n° 19, 3^e sess., 40^e lég., 27 mai 2010, 15 h 40.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. XII, 1^{re} sess., 27^e lég., 20 février 1967, p. 13267-13268.
- Canada. Citoyenneté et Immigration Canada. « IP 5 : Demande présentée par des immigrants au Canada pour des motifs d’ordre humanitaire », dans *Traitement des demandes au Canada* (en ligne : <http://www.cic.gc.ca>).
- Canada. Emploi et Immigration Canada. *Guide de l’immigration*, 1986.
- Canada. Sénat et Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Politique de l’immigration*, fascicule n° 49, 1^{re} sess., 30^e lég., 23 septembre 1975, p. 12.
- Dyzenhaus, David. « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart, 1997, 279.
- Hawkins, Freda. *Canada and Immigration : Public Policy and Public Concern*, Montréal, McGill-Queen’s University Press, 1972.
- Jones, Martin, and Sasha Baglay. *Refugee Law*, Toronto, Irwin Law, 2007.
- Liew, Jamie Chai Yun, and Donald Galloway. *Immigration Law*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2015.
- Neufeld, Heather. « Inadequacies of the Humanitarian and Compassionate Procedure for Abused Immigrant Spouses » (2009), 22 *R.L.P.S.* 177.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Blais C.J. and Sharlow and Stratas JJ.A.), 2014 FCA 113, [2015] 1 F.C.R. 335, 459 N.R. 367, 372 D.L.R. (4th) 539, 77 Admin. L.R. (5th) 181, 27 Imm. L.R. (4th) 1, [2014] F.C.J. No. 472 (QL), 2014 CarswellNat 1435 (WL Can.), affirming a decision of Kane J., 2013 FC 802, [2014] 3 F.C.R. 438, 437 F.T.R. 120, [2013] F.C.J. No. 848 (QL), 2013 CarswellNat 2568 (WL Can.), dismissing an application for judicial review. Appeal allowed, Moldaver and Wagner JJ. dissenting.

Barbara Jackman and Ksenija Trahan, for the appellant.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (le juge en chef Blais et les juges Sharlow et Stratas), 2014 CAF 113, [2015] 1 R.C.F. 335, 459 N.R. 367, 372 D.L.R. (4th) 539, 77 Admin. L.R. (5th) 181, 27 Imm. L.R. (4th) 1, [2014] A.C.F. n° 472 (QL), 2014 CarswellNat 5486 (WL Can.), qui a confirmé une décision de la juge Kane, 2013 CF 802, [2014] 3 R.C.F. 438, 437 F.T.R. 120, [2013] A.C.F. n° 848 (QL), 2013 CarswellNat 3903 (WL Can.), qui avait rejeté une demande de contrôle judiciaire. Pourvoi accueilli, les juges Moldaver et Wagner sont dissidents.

Barbara Jackman et Ksenija Trahan, pour l’appelant.

Marianne Zoric and Kathryn Hucal, for the respondent.

Jamie Liew, Jennifer Stone and Michael Bossin, for the intervener the Canadian Council for Refugees.

Emily Chan and Samira Ahmed, for the intervener Justice for Children and Youth.

Alyssa Manning, Laila Demirdache, Aviva Basman and Rathika Vasavithasan, for the interveners the Barbra Schlifer Commemorative Clinic and the Canadian Centre for Victims of Torture.

Audrey Macklin, Joo Eun Kim and Laura Brittain, for the intervener the Canadian Association of Refugee Lawyers.

Ronald Poulton and Toni Schweitzer, for the intervener Parkdale Community Legal Services.

The judgment of McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Karakatsanis and Gascon JJ. was delivered by

[1] ABELLA J. — The *Immigration and Refugee Protection Act*¹ consists of a number of moving parts intended to work together to ensure a fair and humane immigration system for Canada. One of those parts is refugee policy. Under s. 25(1) of the *Act*, the Minister has a discretion to exempt foreign nationals from the *Act*'s requirements if the exemption is justified by humanitarian and compassionate considerations, including the best interests of any child directly affected. The issue in this appeal is whether a decision to deny relief under s. 25(1) to a 17-year-old applicant was a reasonable exercise of the humanitarian and compassionate discretion. In my respectful view, it was not.

¹ S.C. 2001, c. 27.

Marianne Zoric et Kathryn Hucal, pour l'intimé.

Jamie Liew, Jennifer Stone et Michael Bossin, pour l'intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés.

Emily Chan et Samira Ahmed, pour l'intervenante Justice for Children and Youth.

Alyssa Manning, Laila Demirdache, Aviva Basman et Rathika Vasavithasan, pour les intervenants Barbra Schlifer Commemorative Clinic et Canadian Centre for Victims of Torture.

Audrey Macklin, Joo Eun Kim et Laura Brittain, pour l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés.

Ronald Poulton et Toni Schweitzer, pour l'intervenante Parkdale Community Legal Services.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Cromwell, Karakatsanis et Gascon rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — La *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*¹ est constituée de parties mobiles censées fonctionner de concert afin d'assurer l'application au Canada d'un régime d'immigration à la fois équitable et humain. L'une de ces parties mobiles correspond à la politique d'asile. Le paragraphe 25(1) de la *Loi* confère au ministre un pouvoir discrétionnaire qui lui permet de dispenser un étranger du respect des exigences de la *Loi* lorsque des considérations d'ordre humanitaire, dont l'intérêt supérieur de tout enfant directement touché, le justifient. La question en litige dans le présent pourvoi est celle de savoir si la décision de refuser une telle dispense à un demandeur âgé de 17 ans constitue un exercice raisonnable de ce pouvoir discrétionnaire fondé sur des considérations d'ordre humanitaire. Soit dit en tout respect, il faut répondre par la négative.

¹ L.C. 2001, c. 27.

Background

[2] Jeyakannan Kanthasamy is a Tamil from northern Sri Lanka. In April 2010, fearing for his safety after he was subjected to detention and questioning by the army and the police, his family arranged for him to travel to Canada to live with his uncle. He was 16 years old.

[3] When he arrived in Canada, he made a claim for refugee protection under ss. 96 and 97, which permit applicants to seek refugee status based on a “well-founded” fear of persecution. His claim was based on a fear that because he is a Tamil, the army, the Eelam People’s Democratic Party, the police, or others would arrest or harm him upon his return to Sri Lanka on suspicion that he supports the Liberation Tigers of Tamil Eelam. The Immigration and Refugee Board refused his claim in February 2011, concluding that the authorities in Sri Lanka had taken steps to improve the situation of Tamils, and that he did not have a profile that would put him at risk if he were returned to that country.

[4] In August 2011, he applied for a pre-removal risk assessment, which determines whether an applicant can safely be removed from Canada. The process assesses new risk developments arising after the refugee hearing, but is not a second refugee determination hearing: Martin Jones and Sasha Baglay, *Refugee Law* (2007), at p. 332. The Officer who decided his pre-removal risk assessment found that Jeyakannan Kanthasamy was credible and accepted the evidence that young Tamils faced discrimination and harassment in Sri Lanka. But she concluded that since this treatment did not rise to the level of persecution, his application should be rejected.

[5] Around the same time, he also filed an application for humanitarian and compassionate relief under s. 25(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, seeking to apply for permanent resident status from within Canada. He was then 17 years

Contexte

[2] Jeyakannan Kanthasamy est un Tamoul originaire du nord du Sri Lanka. En avril 2010, craignant pour sa sécurité après qu’il eut été détenu et interrogé par l’armée et la police, sa famille a pris les arrangements nécessaires afin qu’il se rende au Canada pour y vivre chez son oncle. Il était alors âgé de 16 ans.

[3] À son arrivée au pays, il a demandé l’asile sur le fondement des art. 96 et 97, lesquels permettent de reconnaître la qualité de réfugié à toute personne qui craint « avec raison » d’être persécutée. Il disait craindre, en tant que Tamoul, que l’armée, le Parti démocratique populaire de l’Eelam, la police ou d’autres autorités l’arrêtent ou lui fassent un mauvais parti après son retour au Sri Lanka parce qu’ils le soupçonneraient d’appuyer les Tigres de libération de l’Eelam tamoul. En février 2011, la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a rejeté sa demande, concluant que les autorités sri-lankaises avaient pris des mesures pour améliorer la situation des Tamouls et que le profil du demandeur ne l’exposait pas à un risque s’il était renvoyé dans ce pays.

[4] En août 2011, il a présenté une demande d’examen des risques avant renvoi afin qu’il soit déterminé s’il pouvait être renvoyé sans risque du Canada. L’examen s’intéresse aux nouveaux risques qui auraient vu le jour depuis l’audition de la demande d’asile, et il ne s’agit pas d’une seconde audition de celle-ci (Martin Jones et Sasha Baglay, *Refugee Law* (2007), p. 332). L’agente chargée de l’examen a estimé que Jeyakannan Kanthasamy était crédible et elle a fait droit à la preuve selon laquelle, au Sri Lanka, les jeunes Tamouls sont susceptibles d’être victimes de discrimination et de harcèlement. Cela ne constituant pas selon elle de la persécution, elle a conclu que la demande devait être rejetée.

[5] À la même époque, il a également demandé une dispense pour considérations d’ordre humanitaire sur le fondement du par. 25(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* afin de présenter au Canada sa demande de résidence

old. The denial of relief would result in his removal from Canada.

[6] The Officer who reviewed the application concluded that the relief was not justified by humanitarian and compassionate considerations. Drawing on language set out in Guidelines prepared by the Minister, the Officer said she was “not satisfied that return to Sri Lanka would result in hardship that is unusual and undeserved or disproportionate”.

[7] On judicial review, the Federal Court held that the test was whether the hardship was “unusual and undeserved or disproportionate” in accordance with the Guidelines, and found that the Officer’s decision to deny relief was reasonable. The Federal Court of Appeal largely agreed with both the test and the result. While it concluded that s. 25(1) was not intended to duplicate refugee proceedings, the evidence from those proceedings can nonetheless be considered for the purpose of determining whether the applicant will face “unusual and undeserved, or disproportionate hardship” if returned to the foreign state.

[8] For the following reasons, I do not, with respect, agree with the conclusion that the Officer’s decision was reasonable.

Analysis

[9] The *Immigration and Refugee Protection Act* governs the admissibility, eligibility and removal of non-citizens. Under the *Act* and its accompanying regulations, foreign nationals — individuals who are neither citizens nor permanent residents — seeking permanent resident status must apply for and obtain a visa before entering Canada: *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 11(1); *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 6. A permanent resident visa may be issued where the foreign national is not inadmissible and meets the requirements of the *Act*: *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 11(1).

permanente. Il était alors âgé de 17 ans, et le rejet de sa demande aurait entraîné son renvoi du pays.

[6] L’agente saisie de la demande conclut que la dispense sollicitée n’est pas justifiée par des considérations d’ordre humanitaire. S’inspirant du libellé des Lignes directrices établies par le ministre, elle dit ne pas [TRADUCTION] « être convaincue que le retour au Sri Lanka causerait des difficultés inhabituelles et injustifiées ou démesurées ».

[7] À l’étape du contrôle judiciaire de cette décision, la Cour fédérale statue que le critère applicable consiste à se demander si les difficultés sont « inhabituelles et injustifiées ou démesurées » conformément aux Lignes directrices et conclut que la décision de l’agente de refuser la dispense est raisonnable. La Cour d’appel fédérale se dit en grande partie d’accord avec le critère et le résultat. Même si elle estime que la demande prévue au par. 25(1) n’est pas censée faire double emploi avec la demande d’asile, la preuve obtenue dans le cadre de l’examen de la seconde peut néanmoins, selon elle, être prise en compte pour déterminer si le demandeur rencontrera ou non des « difficultés inhabituelles et injustifiées ou démesurées » en cas de renvoi dans l’État étranger.

[8] Soit dit en tout respect, et pour les motifs qui suivent, je me dissocie de la conclusion selon laquelle la décision de l’agente est raisonnable.

Analyse

[9] La *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* régit la recevabilité, l’admissibilité et le renvoi des non-citoyens. Suivant ses dispositions et celles de son règlement d’application, l’étranger — une personne qui n’est ni citoyen ni résident permanent — désireux de devenir résident permanent doit, préalablement à son entrée au Canada, demander et obtenir un visa (*Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, par. 11(1); *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 6). Un visa de résident permanent peut lui être délivré s’il n’est pas interdit de territoire et s’il satisfait aux exigences de la *Loi* (*Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, par. 11(1)).

[10] Section 25(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* gives the Minister discretion to exempt foreign nationals from the ordinary requirements of the *Act* if the Minister is of the opinion that such relief is justified by humanitarian and compassionate considerations. Those considerations are to include the best interests of a child directly affected. At the relevant time, s. 25(1) stated:

25. (1) The Minister must, on request of a foreign national in Canada who is inadmissible or who does not meet the requirements of this Act, and may, on request of a foreign national outside Canada, examine the circumstances concerning the foreign national and may grant the foreign national permanent resident status or an exemption from any applicable criteria or obligations of this Act if the Minister is of the opinion that *it is justified by humanitarian and compassionate considerations relating to the foreign national, taking into account the best interests of a child directly affected.*

A brief history helps explain the purpose of humanitarian and compassionate relief under this provision.

[11] Under the 1952 *Immigration Act*, R.S.C. 1952, c. 325, the Minister had an almost unlimited discretion to allow individuals into Canada: Freda Hawkins, *Canada and Immigration: Public Policy and Public Concern* (1972), at pp. 101-3. Although humanitarian and compassionate considerations were not explicitly part of the legislative scheme at the time, the Minister retained the authority to issue permits to allow certain applicants to remain in Canada: *Immigration Act* (1952), s. 8. These permits “introduced an element of flexibility and humanitarianism into the administration of immigration law”: *Minister of Manpower and Immigration v. Hardayal*, [1978] 1 S.C.R. 470, at p. 476.

[12] A discretion to grant relief on the basis of humanitarian and compassionate considerations became an express part of the legislative scheme in the *Immigration Appeal Board Act*, S.C. 1966-67, c. 90, which created a quasi-judicial, independent Immigration Appeal Board. Section 15(1) of the *Immigration Appeal Board Act* gave the new Board the power

[10] Le paragraphe 25(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* confère au ministre un pouvoir discrétionnaire qui lui permet de dispenser un étranger du respect des exigences habituelles de la *Loi* s’il estime que des considérations d’ordre humanitaire le justifient. Ces considérations englobent l’intérêt supérieur de l’enfant directement touché. Au moment considéré, le par. 25(1) disait :

25. (1) Le ministre doit, sur demande d’un étranger se trouvant au Canada qui est interdit de territoire ou qui ne se conforme pas à la présente loi, et peut, sur demande d’un étranger se trouvant hors du Canada, étudier le cas de cet étranger; il peut lui octroyer le statut de résident permanent ou lever tout ou partie des critères et obligations applicables, s’il estime que *des considérations d’ordre humanitaire relatives à l’étranger le justifient, compte tenu de l’intérêt supérieur de l’enfant directement touché.*

Un bref rappel historique permet de comprendre la raison d’être de la dispense pour considérations d’ordre humanitaire que prévoit cette disposition.

[11] La *Loi sur l’immigration* de 1952, S.R.C. 1952, c. 325, conférait au ministre un pouvoir discrétionnaire presque illimité en matière d’admission de personnes au Canada (Freda Hawkins, *Canada and Immigration : Public Policy and Public Concern* (1972), p. 101-103). Même si les considérations d’ordre humanitaire ne faisaient pas alors expressément partie du régime législatif, le ministre avait le pouvoir de délivrer des permis pour permettre à certains demandeurs de demeurer au Canada (*Loi sur l’immigration* (1952), art. 8). Ces permis avaient pour effet d’« assoupli[r] et [d’]humanise[r] la mise en application de la législation sur l’immigration » (*Ministre de la Main-d’œuvre et de l’Immigration c. Hardayal*, [1978] 1 R.C.S. 470, p. 476).

[12] Le pouvoir discrétionnaire qui permet d’accorder une dispense pour considérations d’ordre humanitaire a été expressément intégré au régime législatif par la *Loi sur la Commission d’appel de l’immigration*, S.C. 1966-67, c. 90, qui a créé un organisme indépendant quasi judiciaire, la Commission d’appel de l’immigration. Le paragraphe 15(1)

to stay or quash a deportation order based on “compassionate or humanitarian considerations that in the opinion of the Board warrant the granting of special relief”: s. 15(1)(b)(ii). The reason for this power was explained by John Munro, then Parliamentary Secretary for the Minister of Manpower and Immigration:

The law establishes general rules as to who may come to Canada and who may stay in Canada. The rules necessarily are general. They cannot precisely accommodate all the variety of individual circumstances. They must be capable of being tempered in their application, according to the merits of individual cases. *There will sometimes be humanitarian or compassionate reasons for admitting people who, under the general rules, are inadmissible.* [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, vol. XII, 1st Sess., 27th Parl., February 20, 1967, at p. 13267)

[13] The meaning of the phrase “humanitarian and compassionate considerations” was first discussed by the Immigration Appeal Board in the case of *Chirwa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1970), 4 I.A.C. 338. The first Chair of the Board, Janet Scott, held that humanitarian and compassionate considerations refer to “those facts, established by the evidence, which would excite in a reasonable man [*sic*] in a civilized community a desire to relieve the misfortunes of another — so long as these misfortunes ‘warrant the granting of special relief’ from the effect of the provisions of the Immigration Act”: p. 350. This definition was inspired by the dictionary definition of the term “compassion”, which covers “sorrow or pity excited by the distress or misfortunes of another, sympathy”: *Chirwa*, at p. 350. The Board acknowledged that “this definition implies an element of subjectivity”, but said there also had to be objective evidence upon which special relief ought to be granted: *Chirwa*, at p. 350.

de cette loi conférerait à la commission nouvellement créée le pouvoir d’ordonner le sursis à l’exécution d’une ordonnance d’expulsion ou l’annulation de l’ordonnance en raison de « l’existence de motifs de pitié ou de considérations d’ordre humanitaire qui, de l’avis de la Commission, justifient l’octroi d’un redressement spécial » (sous-al. 15(1)(b)(ii)). John Munro, alors secrétaire parlementaire du ministre de la Main-d’œuvre et de l’Immigration, expliquait ainsi la raison d’être de ce pouvoir :

La loi établit des règles générales visant ceux qui peuvent venir au Canada et s’y établir. Les règles sont nécessairement générales. Elles ne sauraient prévoir exactement toute la gamme des circonstances personnelles. Elles doivent pouvoir être infléchies selon les mérites de chaque cas particulier. *Il peut y avoir des motifs dictés par l’humanité ou la compassion pour laisser entrer des gens qui, règle générale, seraient inadmissibles.* [Je souligne.]

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. XII, 1^{re} sess., 27^e lég., 20 février 1967, p. 13267)

[13] C’est la Commission d’appel de l’immigration qui, dans la décision *Chirwa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (1970), 4 A.I.A. 351, s’est penchée la première sur la signification de l’expression « considérations d’ordre humanitaire ». La première présidente de la Commission, Janet Scott, a jugé que les considérations d’ordre humanitaire s’entendent « des faits établis par la preuve, de nature à inciter tout homme raisonnable [*sic*] d’une société civilisée à soulager les malheurs d’une autre personne — dans la mesure où ses malheurs “justifient l’octroi d’un redressement spécial” aux fins des dispositions de la Loi » (p. 364). Cette définition s’inspire de celle que renferme le dictionnaire à l’entrée « compassion », soit [TRADUCTION] « chagrin ou pitié provoqué par la détresse ou les malheurs d’autrui, sympathie » (*Chirwa*, p. 363). La Commission reconnaît que cette définition « implique un certain élément de subjectivité », mais elle dit qu’il doit aussi y avoir des éléments de preuve objectifs pour que la mesure spéciale soit accordée (*Chirwa*, p. 363).

[14] The *Chirwa* test was crafted not only to ensure the availability of compassionate relief, but also to prevent its undue overbreadth. As the Board said:

It is clear that in enacting s. 15 (1) (b) (ii) Parliament intended to give this Court the power to mitigate the rigidity of the law in an appropriate case, but it is equally clear that Parliament did not intend s. 15 (1) (b) (ii) of the Immigration Appeal Board Act to be applied so widely as to destroy the essentially exclusionary nature of the Immigration Act and Regulations. [p. 350]

[15] In proceedings before the Special Joint Committee of the Senate and the House of Commons on Immigration Policy in 1975, Janet Scott elaborated on the importance of being able to guard against the unfairness of deportation in certain cases:

... it was recognized that deportation might fall with much more force on some persons ... than on others, because of their particular circumstances, and *the Board was therefore empowered to mitigate the rigidity of the law in an appropriate case. Section 15 is a humanitarian and equitable section*, which gives the Board power to do what the legislator cannot do, that is, take account of particular cases. [Emphasis added.]

(*Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on Immigration Policy*, Issue No. 49, 1st Sess., 30th Parl., September 23, 1975, at p. 12)

[16] In 1977, Parliament passed comprehensive immigration reforms that introduced humanitarian and compassionate discretion into other areas of the immigration scheme: *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52. Notably, under s. 115(2), the Governor in Council was given broad authority to facilitate the admission of “any person” on the basis of humanitarian or compassionate considerations:

[14] Le critère issu de la décision *Chirwa* visait non seulement à assurer l'accès à la dispense pour considérations d'ordre humanitaire, mais aussi à faire obstacle à une portée indûment excessive de la disposition en cause. Comme le dit la Commission :

Il est clair qu'en promulguant [le sous-al.] 15(1) b) (ii), le Parlement a jugé approprié de donner au présent Tribunal le pouvoir d'assouplir la rigidité de la loi dans des cas spéciaux, mais il est également évident que le Parlement n'a pas voulu que [le sous-al.] 15(1) b) (ii) de la Loi sur la Commission d'appel de l'immigration soit interprété d'une façon si large qu'il détruise la nature essentiellement exclusive de la Loi sur l'immigration et de ses règlements. [p. 364]

[15] Lors des travaux du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la politique de l'immigration en 1975, Janet Scott a expliqué l'importance de pouvoir se prémunir contre l'iniquité que constituait l'expulsion dans certains cas :

... on a bien reconnu que l'expulsion affecterait plus certaines personnes que d'autres [...], à cause de certaines circonstances, et *la Commission a reçu l'autorité de mitiger la sévérité de la loi selon le cas. L'article 15 en est un humanitaire et équitable*, donnant le pouvoir à la Commission de faire ce que ne peut faire le législateur, c'est-à-dire s'occuper de cas particuliers. [Je souligne.]

(*Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Politique de l'immigration*, fascicule n° 49, 1^{re} sess., 30^e lég., 23 septembre 1975, p. 12)

[16] En 1977, le Parlement a adopté une réforme générale du régime législatif en matière d'immigration et a étendu à d'autres domaines le pouvoir discrétionnaire fondé sur les considérations d'ordre humanitaire (*Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, c. 52). En particulier, le par. 115(2) conférait désormais au gouverneur en conseil un vaste pouvoir discrétionnaire lui permettant de faciliter l'admission d'« une personne » pour des considérations d'ordre humanitaire :

115. (2) The Governor in Council may by regulation exempt any person from any regulation made under subsection (1) or otherwise facilitate the admission of any person where the Governor in Council is satisfied that the person should be exempted from such regulation or his admission should be facilitated for reasons of public policy or due to the existence of compassionate or humanitarian considerations.

[17] The role of this discretion was explained by this Court in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817:

[The] words [humanitarian and compassionate considerations] and their meaning must be central in determining whether an individual [humanitarian and compassionate] decision was a reasonable exercise of the power conferred by Parliament. The legislation and regulations direct the Minister to determine whether the person's admission should be facilitated owing to the existence of such considerations. They show Parliament's intention that those exercising the discretion conferred by the statute act in a humanitarian and compassionate manner. This Court has found that it is necessary for the Minister to consider [a humanitarian and compassionate] request when an application is made . . . Similarly, when considering it, the request must be evaluated in a manner that is respectful of humanitarian and compassionate considerations. [Emphasis deleted; citation omitted; para. 66.]

[18] More recently, in 2001, Parliament passed another set of comprehensive reforms by enacting the *Immigration and Refugee Protection Act*. The humanitarian and compassionate discretion previously found in s. 115(2) of the *Immigration Act, 1976* was incorporated into the new s. 25(1): *United States of America v. Johnson* (2002), 62 O.R. (3d) 327 (C.A.), at para. 47; *Diarra v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1515, at para. 8 (CanLII); *Love v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 43 Imm. L.R. (3d) 111 (F.C.), at para. 15.

[19] The Legislative Summary of Bill C-11, the Bill that led to the enactment of the *Immigration and Refugee Protection Act*, explained that s. 25 “continue[d] the important power of the Minister to override the provisions of the Act and grant permanent

115. (2) Lorsqu'il est convaincu qu'une personne devrait être dispensée de tout règlement établi en vertu du paragraphe (1) ou que son admission devrait être facilitée pour des motifs de politique générale ou des considérations d'ordre humanitaire, le gouverneur en conseil peut, par règlement, dispenser cette personne du règlement en question ou autrement faciliter son admission.

[17] Dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, notre Cour explique le rôle de ce pouvoir discrétionnaire :

[Les] mots [raisons d'ordre humanitaire] et leur sens doivent se situer au cœur de la réponse à la question de savoir si une décision d'ordre humanitaire particulière constituait un exercice raisonnable du pouvoir conféré par le Parlement. La loi et le règlement demandent au ministre de décider si l'admission d'une personne devrait être facilitée pour des raisons humanitaires. Ils démontrent que l'intention du Parlement est que ceux qui exercent le pouvoir discrétionnaire conféré par la loi agissent de façon humanitaire. Notre Cour a jugé que le ministre est tenu d'examiner les demandes d'ordre humanitaire qui sont présentées [. . .] De même, quand il procède à cet examen, le ministre doit évaluer la demande d'une manière qui soit respectueuse des raisons d'ordre humanitaire. [Soulignement omis; référence omise; par. 66.]

[18] Plus récemment, en 2001, le Parlement a adopté un autre train de réformes globales par l'édiction de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Le pouvoir discrétionnaire fondé sur les considérations d'ordre humanitaire que prévoyait auparavant le par. 115(2) de la *Loi sur l'immigration de 1976* a été incorporé au nouveau par. 25(1) (*United States of America c. Johnson* (2002), 62 O.R. (3d) 327 (C.A.), par. 47; *Diarra c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1515, par. 8 (CanLII); *Love c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1569, par. 15 (CanLII)).

[19] Le résumé législatif du projet de loi C-11, le projet de loi qui a conduit à l'adoption de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, explique que l'art. 25 « maintiendrait l'importante latitude dont jouit le Ministre de déroger aux dispositions de

residence, or an exemption from any applicable criteria or obligation under the Act, on humanitarian and compassionate grounds or for reasons of public policy”: Library of Parliament, “*Bill C-11: The Immigration and Refugee Protection Act*”, Legislative Summary LS-397E, by Jay Sinha and Margaret Young, March 26, 2001, at p. 12 (footnote omitted); *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, [2013] 2 S.C.R. 559, at para. 41. The humanitarian and compassionate discretion in s. 25(1) was, therefore, like its predecessors, seen as being a flexible and responsive exception to the ordinary operation of the Act, or, in the words of Janet Scott, a discretion “to mitigate the rigidity of the law in an appropriate case”.

[20] As noted, *Chirwa* was decided in the context of an appeal to the Immigration Appeal Board under s. 15 of the *Immigration Appeal Board Act*. Under the current legislative scheme, the Immigration Appeal Division can similarly exercise that discretion for a number of statutorily defined purposes: see ss. 62 to 71 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. The exercise of humanitarian and compassionate discretion under s. 25(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, on the other hand, is limited to situations where a foreign national applies for permanent residency but is inadmissible or does not meet the requirements of the *Immigration and Refugee Protection Act*.

[21] But as the legislative history suggests, the successive series of broadly worded “humanitarian and compassionate” provisions in various immigration statutes had a common purpose, namely, to offer equitable relief in circumstances that “would excite in a reasonable [person] in a civilized community a desire to relieve the misfortunes of another”: *Chirwa*, at p. 350.

[22] That purpose was furthered in Ministerial Guidelines designed to assist officers in determining

la Loi et d’octroyer le statut de résident permanent, ou de lever l’ensemble ou une partie des critères et obligations applicables, pour des motifs humanitaires ou si l’intérêt public le justifie » (Bibliothèque du Parlement, « *Projet de loi C-11 : Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* », Résumé législatif LS-397F, par Jay Sinha et Margaret Young, 26 mars 2001, p. 12 (note en bas de page omise); *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, [2013] 2 R.C.S. 559, par. 41). Comme le pouvoir de même nature dont il s’inspire, le pouvoir discrétionnaire fondé sur les considérations d’ordre humanitaire que prévoit le par. 25(1) se veut donc une exception souple et sensible à l’application habituelle de la Loi ou, pour reprendre les termes employés par Janet Scott, un pouvoir discrétionnaire permettant « de mitiger la sévérité de la loi selon le cas ».

[20] Comme je l’indique précédemment, la décision *Chirwa* résulte d’un appel devant la Commission d’appel de l’immigration et se fonde sur l’art. 15 de la *Loi sur la Commission d’appel de l’immigration*. Dans le cadre du régime législatif actuel, la Section d’appel de l’immigration peut elle aussi exercer ce pouvoir discrétionnaire à un certain nombre de fins énoncées par la loi (voir les art. 62 à 71 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*). Par contre, le pouvoir discrétionnaire fondé sur des motifs d’ordre humanitaire que prévoit le par. 25(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* ne peut être exercé que dans le cas d’un étranger qui demande le statut de résident permanent mais qui est inadmissible ou ne se conforme pas aux prescriptions de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*.

[21] Mais comme le montre l’historique législatif, la série de dispositions « d’ordre humanitaire » formulées en termes généraux dans les différentes lois sur l’immigration avaient un objectif commun, à savoir offrir une mesure à vocation équitable lorsque les faits sont « de nature à inciter [une personne] raisonnable d’une société civilisée à soulager les malheurs d’une autre personne » (*Chirwa*, p. 364).

[22] Cet objectif est avancé dans les Lignes directrices ministérielles conçues à l’intention des agents

whether humanitarian and compassionate considerations warrant relief under s. 25(1). They state that the determination of whether there are sufficient grounds to justify granting a humanitarian and compassionate application under s. 25(1), is done by an “assessment of hardship”.

[23] There will inevitably be some hardship associated with being required to leave Canada. This alone will not generally be sufficient to warrant relief on humanitarian and compassionate grounds under s. 25(1): see *Rizvi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 463, at para. 13 (CanLII); *Irimie v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 10 Imm. L.R. 206 (F.C.T.D), at para. 12. Nor was s. 25(1) intended to be an alternative immigration scheme: House of Commons, Standing Committee on Citizenship and Immigration, *Evidence*, No. 19, 3rd Sess., 40th Parl., May 27, 2010, at 15:40 (Peter MacDougall); see also *Evidence*, No. 3, 1st Sess., 37th Parl., March 13, 2001, at 9:55 to 10:00 (Joan Atkinson).

[24] And, as is stated in s. 25(1.3), added to the *Act* in 2010 (S.C. 2010, c. 8), s. 25(1) is not meant to duplicate refugee proceedings under s. 96 or s. 97(1), which assess whether the applicant has established a well-founded fear of persecution, risk of torture, risk to life, or risk of cruel and unusual treatment or punishment.

[25] What *does* warrant relief will clearly vary depending on the facts and context of the case, but officers making humanitarian and compassionate determinations must substantively consider and weigh *all* the relevant facts and factors before them: *Baker*, at paras. 74-75.

[26] According to the Guidelines, applicants must demonstrate either “unusual and undeserved” or “disproportionate” hardship for relief under s. 25(1) to be granted. “Unusual and undeserved hardship” is defined as hardship that is “not anticipated or addressed” by the *Immigration and Refugee Protection*

afin de les aider à déterminer si des considérations d’ordre humanitaire justifient ou non une dispense fondée sur le par. 25(1). Ces lignes directrices prévoient que l’« évaluation des difficultés » permet de déterminer si des considérations d’ordre humanitaire justifient une dispense sur le fondement du par. 25(1).

[23] L’obligation de quitter le Canada comporte inévitablement son lot de difficultés, mais cette seule réalité ne saurait généralement justifier une dispense pour considérations d’ordre humanitaire suivant le par. 25(1) (voir *Rizvi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2009 CF 463, par. 13 (CanLII); *Irimie c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2000 CanLII 16640 (C.F. 1^{re} inst.), par. 12). De plus, ce paragraphe n’est pas censé constituer un régime d’immigration parallèle (Chambre des communes, Comité permanent de la citoyenneté et de l’immigration, *Témoignages*, n° 19, 3^e sess., 40^e lég., 27 mai 2010, 15 h 40 (Peter MacDougall); voir également *Témoignages*, n° 3, 1^{re} sess., 37^e lég., 13 mars 2001, 9 h 55 à 10 h (Joan Atkinson)).

[24] Finalement, l’adjonction du par. 25(1.3) à la *Loi* en 2010 (L.C. 2010, c. 8) confirme que le par. 25(1) n’est pas censé faire double emploi avec l’art. 96 ou le par. 97(1), lesquels servent à déterminer si le demandeur craint avec raison d’être persécuté ou s’il s’expose au risque d’être soumis à la torture, à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités.

[25] Ce qui *justifie* une dispense dépend évidemment des faits et du contexte du dossier, mais l’agent appelé à se prononcer sur l’existence de considérations d’ordre humanitaire doit véritablement examiner *tous* les faits et les facteurs pertinents portés à sa connaissance et leur accorder du poids (*Baker*, par. 74-75).

[26] Pour obtenir la dispense fondée sur le par. 25(1), le demandeur doit, selon les Lignes directrices, démontrer l’existence de difficultés « inhabituelles et injustifiées » ou « démesurées ». Sont « inhabituelles et injustifiées » les difficultés qui sont « non envisagées » par la *Loi sur l’immigration et la*

Act or its regulations, and is “beyond the person’s control”. “Disproportionate hardship” is defined as “an unreasonable impact on the applicant due to their personal circumstances”: Citizenship and Immigration Canada, *Inland Processing*, “IP 5: Immigrant Applications in Canada made on Humanitarian or Compassionate Grounds” (online), s. 5.10.

[27] The Guidelines further explain the application of the “unusual and undeserved or disproportionate hardship” standard by setting out a non-exhaustive list of factors that may be relevant:

5.11. Factors to consider in assessment of hardship

[Section 25(1)] provides the flexibility to grant exemptions to overcome the requirement of obtaining a permanent residence visa from abroad, to overcome class eligibility requirements and/or inadmissibilities, on humanitarian and compassionate grounds.

Officers must assess the hardship that would befall the applicant should the requested exemption not be granted.

Applicants may base their requests for [humanitarian and compassionate] consideration on any number of factors including, but not limited to:

- establishment in Canada;
- ties to Canada;
- the best interests of any children affected by their application;
- factors in their country of origin (this includes but is not limited to: Medical inadequacies, discrimination that does not amount to persecution, harassment or other hardships that are not described in [ss. 96 and 97]);
- health considerations;
- family violence considerations;
- consequences of the separation of relatives;
- inability to leave Canada has led to establishment; and/or

protection des réfugiés ou son règlement d’application et qui sont « le résultat de circonstances indépendantes de [la] volonté [du demandeur] ». Quant aux « difficultés démesurées », ce sont celles qui « auraient un impact déraisonnable sur le demandeur en raison de sa situation personnelle » (Citoyenneté et Immigration Canada, *Traitement des demandes au Canada*, « IP 5 : Demande présentée par des immigrants au Canada pour des motifs d’ordre humanitaire » (en ligne), section 5.10).

[27] Les Lignes directrices précisent la manière d’appliquer la norme des « difficultés inhabituelles et injustifiées ou démesurées » par l’énumération de certains des facteurs qui pourraient être pertinents :

5.11. Facteurs à prendre en considération dans l’évaluation des difficultés

Le [paragraphe 25(1)] prévoit la possibilité de soustraire le demandeur à l’obligation d’obtenir un visa de résident permanent à l’étranger, à l’obligation d’appartenir à une catégorie et/ou à une interdiction de territoire s’il est justifié de le faire pour des considérations d’ordre humanitaire.

L’agent doit évaluer les difficultés auxquelles le demandeur ferait face s’il n’obtenait pas la dispense demandée.

Le demandeur peut fonder sa demande [pour considérations d’ordre humanitaire] sur plusieurs facteurs, *notamment* :

- son établissement au Canada;
- ses liens avec le Canada;
- l’intérêt supérieur de tout enfant touché par sa demande;
- des facteurs dans son pays d’origine (entre autres, incapacité d’obtenir des soins médicaux, discrimination n’équivalant pas à de la persécution, harcèlement ou autres difficultés non visées aux [art. 96 et 97]);
- des facteurs relatifs à la santé;
- des facteurs relatifs à la violence familiale;
- les conséquences de la séparation des membres de la famille;
- l’incapacité à quitter le Canada ayant conduit à l’établissement; et/ou

- any other relevant factor they wish to have considered not related to [ss. 96 and 97]. [Emphasis added.]

(*Inland Processing*, s. 5.11)

[28] The Guidelines confirm that the humanitarian and compassionate determination under s. 25(1) is a global one, and that relevant considerations are to be weighed cumulatively as part of the determination of whether relief is justified in the circumstances:

... the officer should assess all facts in the application and decide whether a refusal to grant the request for an exemption would, more likely than not, result in unusual and undeserved or disproportionate hardship.

Individual [humanitarian and compassionate] factors put forward by the applicant should not be considered in isolation in a determination of the hardship that an applicant would face; rather, hardship is determined as a result of a global assessment of [humanitarian and compassionate] considerations put forth by the applicant. In other words, hardship is assessed by weighing together all of the [humanitarian and compassionate] considerations submitted by the applicant. [Emphasis added.]

(*Inland Processing*, ss. 5.8 and 5.10)

[29] To date, there appear to be two schools of thought on how to approach the factors to be considered in assessing whether humanitarian and compassionate considerations apply under s. 25(1). A number of Federal Court decisions have implicitly rejected the language in *Chirwa* and have, instead, treated the Guidelines, and the words “unusual and undeserved or disproportionate hardship”, as setting out the test the applicant must meet in order to receive an exemption on the basis of humanitarian and compassionate grounds. In *Flores v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 1002, for example, the Federal Court talks about unusual and undeserved or disproportionate as being the “correct test” in humanitarian and compassionate applications: paras. 36-39 (CanLII). Similarly, in *Sivagurunathan*

- tout autre facteur pertinent invoqué par le demandeur n’étant pas visé aux [art. 96 et 97]. [Je souligne.]

(*Traitement des demandes au Canada*, section 5.11)

[28] Les Lignes directrices confirment que l’examen des considérations d’ordre humanitaire fondé sur le par. 25(1) est global et que les considérations pertinentes sont soupesées cumulativement pour déterminer si la dispense est justifiée dans les circonstances :

... l’agent doit apprécier tous les faits pertinents s’appliquant à la demande et décider si le refus d’accorder une dispense entraînerait, plus probablement que le contraire, des difficultés inhabituelles et injustifiées ou démesurées.

Lorsqu’on détermine les difficultés auxquelles un demandeur fait face, il faut examiner *les considérations d’ordre humanitaire globalement plutôt que séparément*. En d’autres mots, les difficultés sont évaluées en soupesant l’ensemble des considérations d’ordre humanitaire invoquées par le demandeur. [Je souligne.]

(*Traitement des demandes au Canada*, sections 5.8 et 5.10)

[29] À ce jour, il semble y avoir deux écoles de pensée quant à la manière d’aborder les facteurs à considérer pour déterminer si des considérations d’ordre humanitaire s’appliquent suivant le par. 25(1). Dans un certain nombre de ses décisions, la Cour fédérale rejette tacitement le libellé de *Chirwa* et considère plutôt que les Lignes directrices, de même que les termes « difficultés inhabituelles et injustifiées ou démesurées », établissent le critère auquel le demandeur doit satisfaire pour obtenir une dispense pour considérations d’ordre humanitaire. À titre d’exemple, dans *Flores c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2013 CF 1002, la Cour fédérale voit dans le critère des difficultés inhabituelles et injustifiées ou démesurées le « bon critère » à appliquer pour statuer sur une

v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2013 FC 233, the Federal Court noted that it was the applicant's burden to satisfy the immigration officer that there was unusual and undeserved or disproportionate hardship: para. 13 (CanLII). The Federal Court observed that "[t]his is the test" and that the disadvantages demonstrated by the applicant had to meet this threshold: para. 13. Also see *Park v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 528, at paras. 46-47 (CanLII).

[30] A second approach is found in decisions which treat *Chirwa* less categorically, using the language in *Chirwa* as co-extensive with the Guidelines: see *Lim v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 956, at paras. 16-17 (CanLII); *Chen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 232 F.T.R. 118, at para. 15. In these decisions, the Federal Court and Federal Court of Appeal have made it clear that the Guidelines and the "unusual and undeserved or disproportionate hardship" threshold merely provide assistance to the immigration officer but that they should not be interpreted as fettering the immigration officer's discretion to consider factors other than those listed in the Guidelines. In *Hawthorne v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 2 F.C. 555, the Federal Court of Appeal noted that the Guidelines are "not meant as 'hard and fast' rules" and are, rather, "an attempt to provide guidance to decision makers when they exercise their discretion": para. 9. And in *Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 621, the Federal Court noted that humanitarian and compassionate considerations "are not limited . . . to hardship" and that the "Guidelines can only be of limited use because they cannot fetter the discretion given by Parliament": paras. 10 and 12 (CanLII).

[31] This second approach, which seems to me to be more consistent with the goals of s. 25(1), focuses more on the equitable underlying purpose of the

demande de dispense pour considérations d'ordre humanitaire (par. 36-39 (CanLII)). De même, dans *Sivagurunathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2013 CF 233, elle signale qu'il incombe à la demanderesse de convaincre l'agent d'immigration de l'existence de difficultés inhabituelles et injustifiées ou démesurées (par. 13 (CanLII)). Elle ajoute que « [t]el est le test » applicable et que les inconvénients dont la demanderesse démontre l'existence doivent satisfaire à cette exigence (par. 13). Voir aussi *Park c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2012 CF 528, par. 46-47 (CanLII).

[30] Une deuxième approche correspond aux décisions où elle se montre moins catégorique vis-à-vis de *Chirwa* et où elle emploie le libellé qui y figure comme s'il coexistait avec celui des Lignes directrices (voir *Lim c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 956, par. 16-17 (CanLII); *Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 447, par. 15). Dans ces décisions, la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale établissent clairement que les Lignes directrices et le critère des « difficultés inhabituelles et injustifiées ou démesurées » offrent seulement des repères et ne limitent pas le pouvoir discrétionnaire qui permet à l'agent d'immigration de tenir compte d'autres facteurs que ceux prévus par les Lignes directrices. Dans l'arrêt *Hawthorne c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 2 C.F. 555, la Cour d'appel fédérale fait observer que les Lignes directrices « "ne constituent pas des règles strictes" et ont plutôt "pour but d'aider à exercer le pouvoir discrétionnaire" » (par. 9). Et dans *Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2014 CF 621, la Cour fédérale relève que les considérations d'ordre humanitaire « ne se limitent pas [. . .] aux difficultés » et que les « lignes directrices peuvent seulement être d'une utilité limitée, parce qu'elles ne peuvent pas entraver le pouvoir discrétionnaire octroyé par le Parlement » (par. 10 et 12 (CanLII)).

[31] Cette deuxième approche, qui me paraît plus compatible avec les objectifs du par. 25(1), met l'accent sur la raison d'être équitable de la dispense pour

humanitarian and compassionate relief application process. It sees the words in the Guidelines as being helpful in assessing when relief should be granted in a given case, but does not treat them as the only possible formulation of when there are humanitarian and compassionate grounds justifying the exercise of discretion.

[32] There is no doubt, as this Court has recognized, that the Guidelines are useful in indicating what constitutes a reasonable interpretation of a given provision of the *Immigration and Refugee Protection Act: Agraira*, at para. 85. But as the Guidelines themselves acknowledge, they are “not legally binding” and are “not intended to be either exhaustive or restrictive”: *Inland Processing*, s. 5. Officers can, in other words, consider the Guidelines in the exercise of their s. 25(1) discretion, but should turn “[their] mind[s] to the specific circumstances of the case”: Donald J. M. Brown and The Honourable John M. Evans with the assistance of Christine E. Deacon, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at p. 12-45. They should not fetter their discretion by treating these informal Guidelines as if they were mandatory requirements that limit the equitable humanitarian and compassionate discretion granted by s. 25(1): see *Maple Lodge Farms Ltd. v. Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, at p. 5; *Ha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 3 F.C.R. 195 (C.A.), at para. 71.

[33] The words “unusual and undeserved or disproportionate hardship” should therefore be treated as descriptive, not as creating three new thresholds for relief separate and apart from the humanitarian purpose of s. 25(1). As a result, what officers should not do, is look at s. 25(1) through the lens of the three adjectives as discrete and high thresholds, and use the language of “unusual and undeserved or disproportionate hardship” in a way that limits their ability to consider and give weight to *all* relevant humanitarian and compassionate considerations in a particular case. The three adjectives should be seen as instructive but not determinative, allowing s. 25(1) to

considérations d’ordre humanitaire. Elle considère que les termes employés dans les Lignes directrices sont utiles pour décider si, eu égard aux circonstances d’un demandeur en particulier, il convient ou non d’accorder une dispense, mais elle ne voit pas dans les Lignes directrices le seul énoncé possible des considérations d’ordre humanitaire qui justifient l’exercice du pouvoir discrétionnaire.

[32] Notre Cour a indéniablement reconnu que les Lignes directrices peuvent servir à déterminer ce qui constitue une interprétation raisonnable d’une disposition donnée de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés (Agraira, par. 85)*. Or, selon leur libellé même, les Lignes directrices « ne lient pas légalement le ministre » et elles « ne sont pas exhaustives ni restrictives » (*Traitement des demandes au Canada*, section 5). En d’autres termes, l’agent peut les considérer lorsqu’il exerce le pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 25(1), mais il doit [TRADUCTION] « s’attacher aux circonstances particulières du dossier » (Donald J. M. Brown et l’honorable John M. Evans avec la collaboration de Christine E. Deacon, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), p. 12-45). Il ne doit pas voir dans ces directives informelles des exigences absolues qui limitent le pouvoir discrétionnaire à vocation équitable que le par. 25(1) lui permet d’exercer lorsque des considérations d’ordre humanitaire le justifient (voir *Maple Lodge Farms Ltd. c. Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2, p. 5; *Ha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2004] 3 R.C.F. 195 (C.A.), par. 71).

[33] L’expression « difficultés inhabituelles et injustifiées ou démesurées » a donc vocation descriptive et ne crée pas, pour l’obtention d’une dispense, trois nouveaux seuils en sus de celui des considérations d’ordre humanitaire que prévoit déjà le par. 25(1). Par conséquent, ce que l’agent ne doit pas faire, dans un cas précis, c’est voir dans le par. 25(1) trois adjectifs à chacun desquels s’applique un seuil élevé et appliquer la notion de « difficultés inhabituelles et injustifiées ou démesurées » d’une manière qui restreint sa faculté d’examiner et de soupeser *toutes* les considérations d’ordre humanitaire pertinentes. Les trois adjectifs doivent

respond more flexibly to the equitable goals of the provision.

[34] This brings us to the fact that s. 25(1) refers to the need to take “into account the best interests of a child directly affected”. In *Agraira*, LeBel J. noted that these interests include “such matters as children’s rights, needs, and best interests; maintaining connections between family members; and averting the hardship a person would suffer on being sent to a place where he or she has no connections”: para. 41. As the Guidelines note, the “best interests” principle applies to all children under 18 years of age:²

In an examination of the circumstances of a foreign national under [s. 25(1)], [the *Immigration and Refugee Protection Act*] introduces a statutory obligation to take into account the best interests of a child who is directly affected by a decision under this section. This codifies departmental practice into legislation, eliminating any doubt that the interests of a child will be taken into account. This applies to children under the age of 18 years as per the Convention on the Rights of the Child.

(*Inland Processing*, s. 5.12)

[35] The “best interests” principle is “highly contextual” because of the “multitude of factors that may impinge on the child’s best interest”: *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, at para. 11; *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27, at para. 20. It must therefore be applied in a manner responsive to each child’s particular age, capacity, needs and maturity: see *A.C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services)*, [2009] 2 S.C.R. 181, at para. 89. The child’s level of development will guide its precise application in the context of a particular case.

[36] Protecting children through the “best interests of the child” principle is widely understood and

² No province in Canada sets the age of majority below 18 years of age.

être considérés comme des éléments instructifs, mais non décisifs, qui permettent à la disposition de répondre avec plus de souplesse aux objectifs d’équité qui la sous-tendent.

[34] Passons maintenant à la nécessité, faite au par. 25(1), de « [tenir compte] de l’intérêt supérieur de l’enfant directement touché ». Dans l’arrêt *Agraira*, le juge LeBel fait observer que cet intérêt s’entend « notamment des droits, des besoins et des intérêts supérieurs des enfants, du maintien des liens entre les membres d’une famille et du fait d’éviter de renvoyer des gens à des endroits où ils n’ont plus d’attaches » (par. 41). Les Lignes directrices précisent que le principe de l’« intérêt supérieur » vaut pour tout enfant de moins de 18 ans² :

Dans l’étude du cas d’un étranger en vertu [du par. 25(1)], la [*Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*] introduit l’obligation de tenir compte de l’intérêt supérieur de l’enfant directement touché par une décision prise en vertu de ce paragraphe. Ainsi, la pratique ministérielle est codifiée dans la législation, ce qui élimine tout doute sur la prise en considération de l’intérêt supérieur de l’enfant. Cette norme s’applique aux enfants âgés de moins de 18 ans selon la *Convention relative aux droits de l’enfant*.

(*Traitement des demandes au Canada*, section 5.12)

[35] L’application du principe de l’« intérêt supérieur de l’enfant [. . .] dépen[d] fortement du contexte » en raison de « la multitude de facteurs qui risquent de faire obstacle à l’intérêt de l’enfant » (*Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, par. 11; *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, par. 20). Elle doit donc tenir compte de l’âge de l’enfant, de ses capacités, de ses besoins et de son degré de maturité (voir *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l’enfant et à la famille)*, [2009] 2 R.C.S. 181, par. 89). Le degré de développement de l’enfant déterminera l’application précise du principe dans les circonstances particulières du cas sous étude.

[36] La protection des enfants par l’application du principe de l’« intérêt supérieur de l’enfant » fait

² L’âge de la majorité n’est inférieur à 18 ans dans aucune des provinces canadiennes.

accepted in Canada's legal system: *A.B. v. Bragg Communications Inc.*, [2012] 2 S.C.R. 567, at para. 17. It means "[d]eciding what . . . appears most likely in the circumstances to be conducive to the kind of environment in which a particular child has the best opportunity for receiving the needed care and attention": *MacGyver v. Richards* (1995), 22 O.R. (3d) 481 (C.A.), at p. 489.

[37] International human rights instruments to which Canada is a signatory, including the *Convention on the Rights of the Child*, also stress the centrality of the best interests of a child: Can. T.S. 1992 No. 3; *Baker*, at para. 71. Article 3(1) of the *Convention* in particular confirms the primacy of the best interests principle:

In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, *the best interests of the child shall be a primary consideration.*

[38] Even before it was expressly included in s. 25(1), this Court in *Baker* identified the "best interests" principle as an "important" part of the evaluation of humanitarian and compassionate grounds. As this Court said in *Baker*:

. . . attentiveness and sensitivity to the importance of the rights of children, to their best interests, and to the hardship that may be caused to them by a negative decision is essential for [a humanitarian and compassionate] decision to be made in a reasonable manner. . . .

. . . for the exercise of the discretion to fall within the standard of reasonableness, the decision-maker should consider children's best interests as an important factor, give them substantial weight, and be alert, alive and sensitive to them. That is not to say that children's best interests must always outweigh other considerations, or that there will not be other reasons for denying [a humanitarian and compassionate] claim even when children's interests are given this consideration. However, where the interests of children are minimized, in a manner inconsistent with Canada's humanitarian and compassionate tradition and the Minister's guidelines, the decision will be unreasonable. [paras. 74-75]

l'objet d'une reconnaissance générale dans le système de justice canadien (*A.B. c. Bragg Communications Inc.*, [2012] 2 R.C.S. 567, par. 17). Il s'agit dès lors [TRADUCTION] « de décider de ce qui [. . .], dans les circonstances, paraît le plus propice à la création d'un climat qui permettra le plus possible à l'enfant d'obtenir les soins et l'attention dont il a besoin » (*MacGyver c. Richards* (1995), 22 O.R. (3d) 481 (C.A.), p. 489).

[37] Les instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire, y compris la *Convention relative aux droits de l'enfant*, soulignent également l'importance de l'intérêt supérieur de l'enfant (R.T. Can. 1992 n° 3; *Baker*, par. 71). En particulier, le par. 3(1) de la *Convention* consacre la primauté du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant :

Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, *l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.*

[38] Même avant que le principe ne figure expressément au par. 25(1), la Cour y voyait un volet « important » de l'appréciation des motifs d'ordre humanitaire, notamment dans l'arrêt *Baker* :

. . . l'attention et la sensibilité à l'importance des droits des enfants, de leur intérêt supérieur et de l'épreuve qui pourrait leur être infligée par une décision défavorable sont essentielles pour qu'une décision d'ordre humanitaire soit raisonnable . . .

. . . pour que l'exercice du pouvoir discrétionnaire respecte la norme du caractère raisonnable, le décideur devrait considérer l'intérêt supérieur des enfants comme un facteur important, lui accorder un poids considérable, et être réceptif, attentif et sensible à cet intérêt. Cela ne veut pas dire que l'intérêt supérieur des enfants l'emportera toujours sur d'autres considérations, ni qu'il n'y aura pas d'autres raisons de rejeter une demande d'ordre humanitaire même en tenant compte de l'intérêt des enfants. Toutefois, quand l'intérêt des enfants est minimisé, d'une manière incompatible avec la tradition humanitaire du Canada et les directives du ministre, la décision est déraisonnable. [par. 74-75]

[39] A decision under s. 25(1) will therefore be found to be unreasonable if the interests of children affected by the decision are not sufficiently considered: *Baker*, at para. 75. This means that decision-makers must do more than simply *state* that the interests of a child have been taken into account: *Hawthorne*, at para. 32. Those interests must be “well identified and defined” and examined “with a great deal of attention” in light of all the evidence: *Legault v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 4 F.C. 358 (C.A.), at paras. 12 and 31; *Kolosovs v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 323 F.T.R. 181, at paras. 9-12.

[40] Where, as here, the legislation specifically directs that the best interests of a child who is “directly affected” be considered, those interests are a singularly significant focus and perspective: *A.C.*, at paras. 80-81. The Minister’s Guidelines set out relevant considerations for this inquiry:

Generally, factors relating to a child’s emotional, social, cultural and physical welfare should be taken into account when raised. Some examples of factors that applicants may raise include but are not limited to:

- the age of the child;
- the level of dependency between the child and the [humanitarian and compassionate] applicant or the child and their sponsor;
- the degree of the child’s establishment in Canada;
- the child’s links to the country in relation to which the [humanitarian and compassionate] assessment is being considered;
- the conditions of that country and the potential impact on the child;
- medical issues or special needs the child may have;
- the impact to the child’s education; and
- matters related to the child’s gender.

(*Inland Processing*, s. 5.12)

[39] Par conséquent, la décision rendue en application du par. 25(1) sera jugée déraisonnable lorsque l’intérêt supérieur de l’enfant qu’elle touche n’est pas suffisamment pris en compte (*Baker*, par. 75). L’agent ne peut donc pas se contenter de *mentionner* qu’il prend cet intérêt en compte (*Hawthorne*, par. 32). L’intérêt supérieur de l’enfant doit être « bien identifié et défini », puis examiné « avec beaucoup d’attention » eu égard à l’ensemble de la preuve (*Legault c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 4 C.F. 358 (C.A.), par. 12 et 31; *Kolosovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CF 165, par. 9-12 (CanLII)).

[40] Lorsque, comme en l’espèce, la loi exige expressément la prise en compte de l’intérêt supérieur de l’enfant « directement touché », cet intérêt représente une considération singulièrement importante dans l’analyse (*A.C.*, par. 80-81). Les Lignes directrices ministérielles font état des facteurs pertinents pour les besoins de cette analyse :

En général, les facteurs liés au bien-être émotionnel, social, culturel et physique de l’enfant doivent être pris en considération lorsqu’ils sont soulevés. Voici quelques exemples de facteurs qui peuvent être soulevés par le demandeur :

- l’âge de l’enfant;
- le degré de dépendance entre l’enfant et [l’auteur de la demande de dispense pour considérations d’ordre humanitaire] ou entre l’enfant et son répondant;
- le degré d’établissement de l’enfant au Canada;
- les liens de l’enfant avec le pays à l’égard duquel la demande [de dispense pour considérations d’ordre humanitaire] est examinée;
- les conditions qui règnent dans ce pays et l’incidence possible sur l’enfant;
- les problèmes de santé ou les besoins particuliers de l’enfant, le cas échéant;
- les conséquences sur l’éducation de l’enfant;
- les questions relatives au sexe de l’enfant.

(*Traitement des demandes au Canada*, section 5.12)

[41] It is difficult to see how a child can be more “directly affected” than where he or she is the applicant. In my view, the status of the applicant as a child triggers not only the requirement that the “best interests” be treated as a significant factor in the analysis, it should also influence the manner in which the child’s other circumstances are evaluated. And since “[c]hildren will rarely, if ever, be deserving of any hardship”, the concept of “unusual and undeserved hardship” is presumptively inapplicable to the assessment of the hardship invoked by a child to support his or her application for humanitarian and compassionate relief: *Hawthorne*, at para. 9. Because children may experience greater hardship than adults faced with a comparable situation, circumstances which may not warrant humanitarian and compassionate relief when applied to an adult, may nonetheless entitle a child to relief: see *Kim v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2011] 2 F.C.R. 448 (F.C.), at para. 58; UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 8: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/GIP/09/08, December 22, 2009.

Application

[42] In considering the standard of review, this Court “step[s] into the shoes” of the reviewing court: *Agraira*, at para. 46. This means that the question for this Court is whether the reviewing court identified the appropriate standard of review and applied it properly: *Agraira*, at para. 45.

[43] In this case, the Federal Court applied a reasonableness standard. The Federal Court of Appeal, however, concluded that the appropriate standard of review was correctness because there was a certified question. It suggested that this Court’s approach in *Agraira*, where the standard of review was reasonableness despite the presence of a certified question, was at odds with the prior case law. I respectfully disagree.

[44] The Federal Court of Appeal refers to one case from this Court to support this point: *Hilewitz*

[41] Comment un enfant pourrait-il être plus « directement touché » que lorsqu’il est l’auteur de la demande? À mon avis, il s’ensuit non seulement que l’« intérêt supérieur » doit être considéré comme un élément important, mais aussi qu’il doit jouer dans l’appréciation des autres aspects de la situation de l’enfant. Et comme « [l]es enfants méritent rarement, sinon jamais, d’être exposés à des difficultés », la notion de « difficultés inhabituelles et injustifiées » ne saurait généralement s’appliquer aux difficultés alléguées par un enfant à l’appui de sa demande de dispense pour considérations d’ordre humanitaire (*Hawthorne*, par. 9). Puisque l’enfant peut éprouver de plus grandes difficultés qu’un adulte aux prises avec une situation comparable, des circonstances qui ne justifieraient pas une dispense dans le cas d’un adulte pourraient néanmoins la justifier dans le cas d’un enfant (voir *Kim c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2011] 2 R.C.F. 448 (C.F.), par. 58; HCNUR, *Principes directeurs sur la protection internationale n° 8 : Les demandes d’asile d’enfants dans le cadre de l’article 1(A)2 et de l’article 1(F) de la Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, HCR/GIP/09/08 (22 décembre 2009)).

Application

[42] Pour se prononcer sur la norme de contrôle, la Cour se « me[t] à la place » du tribunal de révision (*Agraira*, par. 46). Ainsi, la Cour doit se demander si le tribunal de révision a employé la norme de contrôle appropriée et s’il l’a appliquée correctement (*Agraira*, par. 45).

[43] En l’espèce, la Cour fédérale applique la norme de la raisonabilité. Cependant, la Cour d’appel fédérale conclut que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte parce qu’une question a été certifiée. Elle laisse entendre que l’approche de la Cour dans *Agraira*, où la norme de la décision raisonnable est appliquée malgré la certification d’une question, va à l’encontre de la jurisprudence antérieure. Soit dit en tout respect, je ne suis pas d’accord.

[44] La Cour d’appel fédérale cite un arrêt de la Cour à l’appui de cette thèse (*Hilewitz c. Canada*

v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2005] 2 S.C.R. 706. This case is not particularly helpful. It was decided before *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, there was no discussion of the impact of a certified question on the issue of standard of review, and the parties asked that correctness be applied: para. 71. In any event, the case law from this Court confirms that certified questions are not decisive of the standard of review: *Baker*, at para. 58; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, at para. 23. As the Court said in *Baker*, at para. 12, the certification of a question of general importance may be the “trigger” by which an appeal is permitted. The subject of the appeal is still the judgment itself, not merely the certified question. The fact that the reviewing judge in this case considered the question to be of general importance is relevant, but not determinative. Despite the presence of a certified question, the appropriate standard of review is reasonableness: *Baker*, at para. 62.

[45] Applying that standard, in my respectful view, the Officer failed to consider Jeyakannan Kanthasamy’s circumstances as a whole, and took an unduly narrow approach to the assessment of the circumstances raised in the application. She failed to give sufficiently serious consideration to his youth, his mental health and the evidence that he would suffer discrimination if he were returned to Sri Lanka. Instead, she took a segmented approach, assessed each factor to see whether it represented hardship that was “unusual and undeserved or disproportionate”, then appeared to discount each from her final conclusion because it failed to satisfy that threshold. Her literal obedience to those adjectives, which do not appear anywhere in s. 25(1), rather than looking at his circumstances as a whole, led her to see each of them as a distinct legal test, rather than as words designed to help reify the equitable purpose of the provision. This had the effect of improperly restricting her discretion and rendering her decision unreasonable.

(*Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration*), [2005] 2 R.C.S. 706). Cet arrêt n’est pas particulièrement utile. Il est antérieur à *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, l’incidence d’une question certifiée sur la norme de contrôle n’y est pas examinée et les parties s’entendaient sur l’application de la norme de la décision correcte (par. 71). Quoi qu’il en soit, la jurisprudence de la Cour confirme que la présence d’une question certifiée n’est pas déterminante quant à la norme de contrôle applicable (*Baker*, par. 58; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, par. 23). Comme le dit la Cour au par. 12 de l’arrêt *Baker*, la certification d’une question de portée générale peut « justifi[er] » l’appel. C’est toujours le jugement lui-même, et non seulement la question certifiée, qui est l’objet de l’appel. Le fait que, dans cette affaire, le juge de révision a estimé que la question avait une portée générale est pertinent, mais il n’est pas déterminant. Malgré la présence d’une question certifiée, la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable (*Baker*, par. 62).

[45] Soit dit en tout respect, au regard de cette norme, l’agente a omis de tenir compte de la situation globale de Jeyakannan Kanthasamy et a examiné de manière trop restrictive les circonstances invoquées dans la demande. Elle n’a pas accordé une attention suffisamment sérieuse à son jeune âge, à son état de santé mentale et aux éléments de preuve suivant lesquels il serait victime de discrimination s’il était renvoyé au Sri Lanka. Elle recourt plutôt à une démarche fragmentaire et se penche sur chacun des facteurs invoqués pour déterminer s’il correspond ou non à des difficultés « inhabituelles et injustifiées ou démesurées ». Elle semble ensuite écarter tous ces facteurs de sa conclusion finale au motif qu’ils ne répondent pas à ce critère. Interpréter littéralement les adjectifs — une démarche qui ne s’appuie aucunement sur le libellé du par. 25(1) — au lieu de considérer la situation globale du demandeur l’amène à voir dans chacun de ces adjectifs un critère juridique distinct plutôt qu’un terme visant à concrétiser la vocation équitable de la disposition. Cela a pour effet de limiter indûment son pouvoir discrétionnaire et de rendre sa décision déraisonnable.

[46] In discussing the effect removal would have on Jeyakannan Kanthasamy's mental health, for example, the Officer said she "[did] not dispute the psychological report" and "accept[ed] the diagnosis". The report concluded that he suffered from post-traumatic stress disorder and adjustment disorder with mixed anxiety and depressed mood resulting from his experiences in Sri Lanka, and that his condition would deteriorate if he was removed from Canada. The Officer nonetheless inexplicably discounted the report:

. . . the applicant has provided insufficient evidence that he has been or is currently in treatment regarding the aforementioned issues or that he could not obtain treatment if required in his native Sri Lanka or that in doing so it would amount to hardship that is unusual and undeserved or disproportionate.

[47] Having accepted the psychological diagnosis, it is unclear why the Officer would nonetheless have required Jeyakannan Kanthasamy to adduce *additional* evidence about whether he did or did not seek treatment, whether any was even available, or what treatment was or was not available in Sri Lanka. Once she accepted that he had post-traumatic stress disorder, adjustment disorder, and depression based on his experiences in Sri Lanka, requiring further evidence of the availability of treatment, either in Canada or in Sri Lanka, undermined the diagnosis and had the problematic effect of making it a conditional rather than a significant factor.

[48] Moreover, in her exclusive focus on whether treatment was available in Sri Lanka, the Officer ignored what the effect of removal from Canada would be on his mental health. As the Guidelines indicate, health considerations *in addition to* medical inadequacies in the country of origin, may be relevant: *Inland Processing*, s. 5.11. As a result, the very fact that Jeyakannan Kanthasamy's mental health would likely worsen if he were to be removed to Sri Lanka is a relevant consideration that must be identified and weighed regardless of whether there is treatment available in Sri Lanka to help treat his condition: *Davis v. Canada (Minister of Citizenship and*

[46] Dans son analyse des conséquences du renvoi de Jeyakannan Kanthasamy sur la santé mentale de ce dernier, par exemple, l'agente déclare qu'elle [TRADUCTION] « ne conteste pas le rapport de la psychologue » et qu'elle « admet le diagnostic ». Selon le rapport, le demandeur souffre d'un trouble de stress post-traumatique, ainsi que d'un trouble d'adaptation avec anxiété et humeur dépressive, en raison de ce qu'il a vécu au Sri Lanka, et son état se détériorerait s'il était renvoyé du Canada. Pourtant, l'agente fait inexplicablement abstraction du rapport :

[TRADUCTION] . . . le demandeur n'a pas fourni une preuve suffisante pour démontrer qu'il subit ou qu'il a subi des traitements pour les problèmes susmentionnés ou qu'il ne pourrait obtenir les traitements éventuellement nécessaires dans son pays d'origine, le Sri Lanka, ou encore que cela lui occasionnerait des difficultés inhérentes et injustifiées ou démesurées.

[47] On comprend mal que, après avoir fait droit au diagnostic psychologique, l'agente exige quand même de Jeyakannan Kanthasamy une preuve *supplémentaire* quant à savoir s'il a ou non cherché à obtenir des soins ou si de tels soins étaient même offerts, ou quant aux soins qui existaient ou non au Sri Lanka. Une fois reconnu qu'il souffre d'un trouble de stress post-traumatique, d'un trouble d'adaptation et de dépression en raison de ce qu'il a vécu au Sri Lanka, exiger en sus la preuve de l'existence de soins au Canada ou au Sri Lanka met à mal le diagnostic et a l'effet discuté d'en faire un facteur conditionnel plutôt qu'important.

[48] De plus, en s'attachant uniquement à la possibilité que Jeyakannan Kanthasamy soit traité au Sri Lanka, l'agente passe sous silence les répercussions de son renvoi du Canada sur sa santé mentale. Comme l'indiquent les Lignes directrices, les facteurs relatifs à la santé, *de même que* l'impossibilité d'obtenir des soins médicaux dans le pays d'origine, peuvent se révéler pertinents (*Traitement des demandes au Canada*, section 5.11). Par conséquent, le fait même que Jeyakannan Kanthasamy verrait, selon toute vraisemblance, sa santé mentale se détériorer s'il était renvoyé au Sri Lanka constitue une considération pertinente qui doit être retenue puis

Immigration) (2011), 96 Imm. L.R. (3d) 267 (F.C.); *Martinez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2012), 14 Imm. L.R. (4th) 66 (F.C.). As previously noted, Jeyakannan Kanthasamy was arrested, detained and beaten by the Sri Lankan police which left psychological scars. Yet despite the clear and uncontradicted evidence of such harm in the psychological report, in applying the “unusual and undeserved or disproportionate hardship” standard to the individual factor of the availability of medical care in Sri Lanka — and finding that seeking such care would not meet that threshold — the Officer discounted Jeyakannan Kanthasamy’s health problems in her analysis.

[49] And while the Officer did not “dispute the psychological report presented”, she found that the medical opinion “rest[ed] mainly on hearsay” because the psychologist was “not a witness of the events that led to the anxiety experienced by the applicant”. This disregards the unavoidable reality that psychological reports like the one in this case will necessarily be based to some degree on “hearsay”. Only rarely will a mental health professional personally witness the events for which a patient seeks professional assistance. To suggest that applicants for relief on humanitarian and compassionate grounds may only file expert reports from professionals who have witnessed the facts or events underlying their findings, is unrealistic and results in the absence of significant evidence. In any event, a psychologist need not be an expert on country conditions in a particular country to provide expert information about the probable psychological effect of removal from Canada.

[50] The Officer applied a similarly constricted approach to her analysis of whether Jeyakannan Kanthasamy would face discrimination. The Officer took particular note of s. 25(1.3), which led her to decline to consider elements of his application that related to “fear of persecution, torture, risk to life or cruel and unusual treatment . . . on the basis of his

soupesée, peu importe la possibilité d’obtenir au Sri Lanka des soins susceptibles d’améliorer son état (*Davis c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2011 CF 97; *Martinez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2012 CF 1295). Rappelons que Jeyakannan Kanthasamy a été arrêté, détenu et battu par la police sri-lankaise, ce qui lui a laissé des séquelles psychologiques. Pourtant, malgré la preuve claire et non contredite de ce préjudice dans le rapport d’évaluation psychologique, lorsqu’elle applique le critère des « difficultés inhabituelles et injustifiées ou démesurées » au facteur individuel de l’accessibilité de soins médicaux au Sri Lanka — et conclut que requérir de tels soins ne satisferait pas à ce critère —, l’agente minimise les problèmes de santé de Jeyakannan Kanthasamy.

[49] Et même si elle ne [TRADUCTION] « conteste pas le rapport de la psychologue », l’agente conclut que l’opinion « repose essentiellement sur du ouï-dire », car la psychologue « n’a pas été témoin des faits à l’origine de l’anxiété vécue par le demandeur ». Cette conclusion méconnaît une réalité incontournable, à savoir qu’un rapport d’évaluation psychologique comme celui soumis en l’espèce comporte nécessairement une part de « ouï-dire ». Un professionnel de la santé mentale n’assiste que rarement aux événements pour lesquels un patient le consulte. La prétention selon laquelle la personne qui demande une dispense pour considérations d’ordre humanitaire ne peut présenter que le rapport d’expert d’un professionnel qui a été témoin des faits ou des événements qui sous-tendent ses conclusions est irréaliste et y faire droit entraînerait d’importantes lacunes dans la preuve. De toute manière, un psychologue n’a pas à être expert de la situation dans un pays en particulier pour donner son opinion sur les conséquences psychologiques probables d’un renvoi du Canada.

[50] L’agente adopte une démarche tout aussi restrictive pour déterminer si Jeyakannan Kanthasamy serait victime de discrimination. Elle invoque en particulier le par. 25(1.3) pour refuser de tenir compte des éléments de la demande qui sont liés à [TRADUCTION] « la crainte d’être persécuté ou d’être exposé au risque d’être soumis à la torture ou à une menace

race and nationality” as a young Tamil, which she suggested are part of the determination of refugee status or the pre-removal risk assessment.

[51] As the Federal Court of Appeal concluded in this case, s. 25(1.3) does not prevent the admission into evidence of facts adduced in proceedings under ss. 96 and 97. The role of the officer making a determination under s. 25(1) is to ask whether this evidence, along with any other evidence an applicant wishes to raise, though insufficient to support a s. 96 or s. 97 claim, nonetheless suggests that “humanitarian and compassionate considerations” warrant an exemption from the normal application of the *Immigration and Refugee Protection Act*. In other words, the officer does not determine whether a well-founded fear of persecution, risk to life, and risk of cruel and unusual treatment or punishment has been established — those determinations are made under ss. 96 and 97 — but he or she can take the underlying facts into account in determining whether the applicant’s circumstances warrant humanitarian and compassionate relief.

[52] The Officer agreed to consider the hardship Jeyakannan Kanthasamy would likely endure as discrimination in Sri Lanka against young Tamil men. She also accepted evidence that there was discrimination against Tamils in Sri Lanka, particularly against young Tamil men from the north, who are routinely targeted by police. In her view, however, young Tamils are targeted *only where there is suspicion of ties to the Liberation Tigers of Tamil Eelam, and the government had been making efforts to improve the situation for Tamils*. She concluded that “the onus remains on the applicant to demonstrate that these country conditions would affect him personally”.

[53] This effectively resulted in the Officer concluding that, in the absence of evidence that Jeyakannan Kanthasamy would be personally targeted by discriminatory action, there was no evidence of discrimination. With respect, the Officer’s

à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités [. . .] du fait de sa race ou de sa nationalité » en tant que jeune Tamoul, lesquels valent, selon elle, pour la décision sur la demande d’asile ou l’examen des risques avant renvoi.

[51] Comme le conclut la Cour d’appel fédérale en l’espèce, le par. 25(1.3) n’empêche pas d’admettre en preuve les faits présentés à l’appui d’instances relatives aux art. 96 et 97. Il incombe à l’agent appelé à rendre une décision en application du par. 25(1) de se demander si ces éléments de preuve, de pair avec les autres que le demandeur souhaite présenter, permettent, même s’ils sont insuffisants pour étayer une demande relative à l’art. 96 ou à l’art. 97, de conclure que des « considérations d’ordre humanitaire » justifient une dispense de l’application habituelle de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*. En d’autres termes, l’agent n’a pas à se prononcer sur la preuve d’une crainte fondée de persécution ou d’une menace à la vie ou d’un risque de traitements ou peines cruels et inusités, ce qui relève des art. 96 et 97. Il peut cependant tenir compte des faits sous-jacents pour déterminer si la situation du demandeur justifie ou non une dispense pour considérations d’ordre humanitaire.

[52] L’agente accepte d’attribuer les difficultés qu’éprouverait vraisemblablement Jeyakannan Kanthasamy au Sri Lanka à la discrimination qui y est exercée contre les jeunes hommes tamouls. Elle admet en outre une preuve démontrant que les Tamouls du Sri Lanka, en particulier les jeunes hommes du nord, sont couramment pris pour cibles par la police. À son avis, toutefois, les jeunes Tamouls ne sont pris pour cibles *que s’ils sont soupçonnés de liens avec les Tigres de libération de l’Eelam tamoul, et le gouvernement a fait des efforts pour améliorer la situation des Tamouls*. Elle dit : [TRADUCTION] « . . . il incombe au demandeur de démontrer que cette situation le toucherait personnellement ».

[53] Tout cela amène l’agente à conclure que, à défaut d’éléments de preuve selon lesquels Jeyakannan Kanthasamy ferait personnellement l’objet de mesures discriminatoires, il n’y a pas de preuve de discrimination. Soit dit tout en respect,

approach failed to account for the fact that discrimination can be inferred where an applicant shows that he or she is a member of a group that is discriminated against. Discrimination for the purpose of humanitarian and compassionate applications “could manifest in isolated incidents or permeate systemically”, and even “[a] series of discriminatory events that do not give rise to persecution must be considered cumulatively”: Jamie Chai Yun Liew and Donald Galloway, *Immigration Law* (2nd ed. 2015), at p. 413, citing *Divakaran v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 633.

[54] Here, however, the Officer required Jeyakanan Kanthasamy to present direct evidence that he would face such a risk of discrimination if deported. This not only undermines the humanitarian purpose of s. 25(1), it reflects an anemic view of discrimination that this Court largely eschewed decades ago: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at pp. 173-74; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *Quebec (Attorney General) v. A*, [2013] 1 S.C.R. 61, at paras. 318-19 and 321-38.

[55] Even the Guidelines, expressly relying on this Court’s decision in *Andrews*, encourage an approach to discrimination that does not require evidence that the applicant will be personally targeted:

5.16. [Humanitarian and compassionate] and hardship: Factors in the country of origin to be considered

While [ss. 96 and 97] factors may not be considered, the decision-maker must take into account elements related to the hardships that affect the foreign national. Some examples of what those “hardships” may include are:

- discrimination which does not amount to persecution;

la démarche de l’agente ne tient pas compte du fait que la discrimination peut être inférée lorsqu’un demandeur établit qu’il appartient à un groupe qui est victime de discrimination. Pour les besoins d’une demande de dispense pour considérations d’ordre humanitaire, la discrimination [TRADUCTION] « peut se manifester sous forme d’incidents isolés ou être de nature systémique », et même « les actes discriminatoires qui n’emportent pas individuellement persécution doivent être considérés cumulativement » (Jamie Chai Yun Liew et Donald Galloway, *Immigration Law* (2^e éd. 2015), p. 413, citant *Divakaran c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2011 CF 633).

[54] Or, en l’espèce, l’agente exige de Jeyakanan Kanthasamy une preuve directe qu’il courrait un tel risque d’être victime de discrimination s’il était expulsé. Non seulement cette exigence mine la vocation humanitaire du par. 25(1), mais elle traduit une conception très réductrice de la discrimination que notre Cour a largement désavouée au fil des décennies (*Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 173-174; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Québec (Procureur général) c. A*, [2013] 1 R.C.S. 61, par. 318-319 et 321-338).

[55] Les Lignes directrices, qui s’appuient expressément sur l’arrêt *Andrews* de notre Cour, promeuvent elles-mêmes une conception de la discrimination qui n’exige pas la preuve que le demandeur sera personnellement visé :

5.16. Considérations d’ordre humanitaire et difficultés : facteurs pertinents à l’égard du pays d’origine

Bien qu’il ne puisse tenir compte des facteurs visés aux [art. 96 et 97], le décideur doit tenir compte des éléments liés aux difficultés auxquelles l’étranger fait face. Voici quelques exemples de « difficultés » :

- une forme de discrimination qui n’équivaut pas à de la persécution;

- adverse country conditions that have a direct negative impact on the applicant.

Discrimination

Discrimination is: A distinction based on the personal characteristics of an individual that results in some disadvantage to that individual.

In *Andrews*, [the] Court wrote:

“Discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual’s merits and capacities will rarely be so classed.”

(*Inland Processing*, s. 5.16)

[56] As these passages suggest, applicants need only show that they would likely be affected by adverse conditions such as discrimination. Evidence of discrimination experienced by others who share the applicant’s identity is therefore clearly relevant under s. 25(1), whether or not the applicant has evidence of being personally targeted, and reasonable inferences can be drawn from those experiences. Rennie J. persuasively explained the reasons for permitting reasonable inferences in such circumstances in *Aboubacar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 714:

While claims for humanitarian and compassionate relief under section 25 must be supported by evidence, there are circumstances where the conditions in the country of origin are such that they support a reasoned inference as to the challenges a particular applicant would face on return This is not speculation, rather it is a

- des conditions défavorables dans le pays qui ont une incidence néfaste directe sur le demandeur.

Discrimination

La discrimination est définie comme : une distinction fondée sur les caractéristiques personnelles d’une personne qui entraîne un désavantage pour cette dernière.

Dans [l’arrêt] *Andrews*, la [Cour] a déclaré ce qui suit :

« . . . la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d’un individu ou d’un groupe d’individus, qui a pour effet d’imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d’autres ou d’empêcher ou de restreindre l’accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d’autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d’un individu le sont rarement. »

(*Traitement des demandes au Canada*, section 5.16)

[56] Il appert de ces extraits que le demandeur doit seulement montrer qu’il sera vraisemblablement touché par une condition défavorable comme la discrimination. La preuve d’actes discriminatoires contre d’autres personnes qui partagent les mêmes caractéristiques personnelles est donc clairement pertinente pour l’application du par. 25(1), et ce, que le demandeur puisse démontrer ou non qu’il est personnellement visé. Des inférences raisonnables peuvent en être tirées. Dans *Aboubacar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2014 CF 714, le juge Rennie énonce de façon convaincante les raisons pour lesquelles il est alors possible de tirer des inférences raisonnables :

Bien que les demandes fondées sur des considérations d’ordre humanitaire en vertu de l’article 25 doivent s’appuyer sur la preuve, il existe des circonstances où les conditions dans le pays d’origine sont telles qu’elles confortent l’inférence raisonnable relativement aux difficultés auxquelles un demandeur en particulier serait

reasoned inference, of a non-speculative nature, as to the hardship an individual would face, and thus provides an evidentiary foundation for a meaningful, individualized analysis . . . [para. 12 (CanLII)]

[57] Finally, even though Jeyakannan Kanthasamy's current age makes this issue one that no longer requires intervention, the Officer's analysis of the "best interests" factor cannot be characterized as anything other than perfunctory. She simply stated, in a single paragraph, that Jeyakannan Kanthasamy's best interests lay in returning to Sri Lanka where he had grown up and where his immediate family continued to reside. In my view, this fails to accord with the "serious weight and consideration" this Court in *Baker* identified as essential to a proper appreciation of a child's best interests: para. 65.

[58] At no point did the Officer appear to turn her mind to how his status *as a child* affected the evaluation of the other evidence raised in his application. Instead, she atomized her evaluation of each of the other elements of his application, referring to his status as a child only in isolation. In her assessment of his level of establishment in Canada, for example, she wrote:

. . . a person in Canada making a claim to refugee status is afforded the tools such as a study permit that would allow one to be self-sufficient and to integrate into the Canadian community. Therefore, in the case at hand, it is expected that a certain level of establishment would have taken place during the applicant's stay in Canada. It is understandable that [Jeyakannan Kanthasamy] would like to remain in Canada and I accept that [Jeyakannan Kanthasamy's] removal to Sri Lanka would be an inconvenience; however, *I am not satisfied that he has established himself to such a degree that return to Sri Lanka would amount to unusual and undeserved or disproportionate hardship.* [Emphasis added.]

Nowhere did the Officer ask whether the effect of separating Jeyakannan Kanthasamy from the people he was close to in Canada would be magnified by the fact that his relationships with them developed

exposé à son retour [. . .] Il ne s'agit pas d'une hypothèse, mais bien d'une inférence raisonnée, de nature non hypothétique, relativement aux difficultés auxquelles une personne serait exposée, et, de ce fait, cela constitue le fondement probatoire d'une analyse sérieuse et individualisée . . . [par. 12 (CanLII)]

[57] Enfin, même si, en raison de l'âge actuel de Jeyakannan Kanthasamy, une intervention ne s'impose plus, l'analyse de son « intérêt supérieur » en tant qu'enfant ne peut être qualifiée d'autre chose que d'analyse superficielle. L'agente se contente de déclarer, dans un seul paragraphe, que l'intérêt supérieur de Jeyakannan Kanthasamy réside dans son retour au Sri Lanka, où il a grandi et où les membres de sa famille immédiate habitent toujours. À mon sens, elle ne respecte pas l'obligation, reconnue par la Cour, d'accorder « de l'importance et de la considération » à ce facteur pour bien apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant (*Baker*, par. 65).

[58] L'agente paraît ne jamais envisager que la *qualité d'enfant* de Jeyakannan Kanthasamy puisse jouer dans l'appréciation des autres éléments invoqués à l'appui de la demande. Elle compartimente plutôt chacun de ces éléments et ne fait mention de la qualité d'enfant du demandeur que de façon isolée. Voici, par exemple, ce qu'elle écrit dans son appréciation du degré d'établissement au Canada :

[TRADUCTION] . . . la personne qui se trouve au Canada et qui demande l'asile se voit par exemple accorder un permis d'étude, ce qui est de nature à favoriser son autonomie et son intégration à la société canadienne. Par conséquent, dans le cas qui nous occupe, on s'attend à ce que le demandeur se soit jusqu'à un certain degré établi au Canada pendant son séjour. On peut comprendre que [Jeyakannan Kanthasamy] souhaite demeurer au Canada et je reconnais que son renvoi au Sri Lanka comporte des inconvénients; toutefois, *je ne suis pas convaincue qu'il s'est établi à un degré tel que son retour au Sri Lanka lui occasionnerait des difficultés inhabituelles et injustifiées ou démesurées.* [Je souligne.]

L'agente ne se demande aucunement si l'effet de la séparation de Jeyakannan Kanthasamy d'avec ses proches au Canada serait amplifié par le fait que les relations qu'il a tissées avec ces personnes l'ont été

when he was a teenager. This approach is inconsistent with how hardship should be uniquely addressed for children.

[59] Moreover, by evaluating Jeyakannan Kanthasamy's best interests through the same literal approach she applied to each of his other circumstances — whether the hardship was “unusual and undeserved or disproportionate” — she misconstrued the best interests of the child analysis, most crucially disregarding the guiding admonition that “[c]hildren will rarely, if ever, be deserving of any hardship”: *Hawthorne*, at para. 9. See also *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 166, at paras. 64-67 (CanLII).

[60] Finding that no single factor amounted to hardship that was “unusual and undeserved or disproportionate”, the Officer ultimately concluded that humanitarian and compassionate relief was not warranted. But these three adjectives are merely descriptive, not separate legal thresholds to be strictly construed. Finally, the Officer not only unreasonably discounted both the psychological report and the clear and uncontradicted evidence of a risk of discrimination, she avoided the requisite analysis of whether, in light of the humanitarian purpose of s. 25(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, the evidence *as a whole* justified relief. This approach unduly fettered her discretion and, in my respectful view, led to its unreasonable exercise.

[61] I would therefore allow the appeal with costs, set aside the Officer's decision, and remit the matter for reconsideration in light of these reasons.

à l'adolescence. Sa démarche est incompatible avec le caractère unique de l'examen des difficultés qui s'impose dans le cas d'un enfant.

[59] Qui plus est, lorsqu'elle apprécie l'intérêt supérieur de Jeyakannan Kanthasamy et qu'elle le soumet à la même interprétation littérale que tous les autres volets de sa situation en se demandant si les difficultés appréhendées seraient « inhabituelles et injustifiées ou démesurées », elle interprète erronément la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, surtout en ce qu'elle fait abstraction de la mise en garde éclairante selon laquelle « [l]es enfants méritent rarement, sinon jamais, d'être exposés à des difficultés » (*Hawthorne*, par. 9; voir également *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2012 CF 166, par. 64-67 (CanLII)).

[60] Au vu de sa conclusion selon laquelle aucun des facteurs invoqués ne correspond à lui seul à des difficultés « inhabituelles et injustifiées ou démesurées », l'agente tranche ultimement qu'aucune dispense pour considérations d'ordre humanitaire n'est justifiée. Or, ces trois adjectifs sont simplement descriptifs et ne créent pas de critères juridiques distincts devant être interprétés strictement. Enfin, non seulement l'agente fait déraisonnablement abstraction du rapport d'évaluation psychologique et de la preuve claire et non contredite d'un risque de discrimination, mais elle omet aussi de se demander si, étant donné la vocation humanitaire du par. 25(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, la preuve considérée *dans son ensemble* justifie une dispense. Par l'adoption d'une telle démarche, elle limite indûment son pouvoir discrétionnaire, ce qui, à mon humble avis, donne lieu à un exercice déraisonnable de ce pouvoir.

[61] Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens, d'annuler la décision de l'agente et de renvoyer l'affaire pour réexamen à la lumière des présents motifs.

The reasons of Moldaver and Wagner JJ. were delivered by

MOLDAVER J. (dissenting) —

I. Overview

[62] Jeyakannan Kanthasamy applied for a humanitarian and compassionate (“H&C”) exemption under s. 25(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (“IRPA”). The exemption would have allowed him to apply for permanent resident status from within Canada. His application was rejected. He seeks to overturn that decision on the grounds that the Senior Immigration Officer (the “Officer”) applied the wrong legal test and unreasonably denied his application.

[63] Section 25(1) is a safety valve that supplements the two normal streams by which foreign nationals can come to Canada permanently: the immigration classes and the refugee process. It empowers the Minister of Citizenship and Immigration (the “Minister”) to grant applicants relief from the requirements of the *IRPA* when such relief is justified by H&C considerations. Properly construed, it provides a flexible means of relief for applicants whose cases are exceptional and compelling. For reasons that will become apparent, I am of the view that in deciding whether to grant relief under s. 25(1), decision makers must determine whether, having regard to all of the circumstances, including the exceptional nature of H&C relief, decent, fair-minded Canadians would find it simply unacceptable to deny the relief sought.

[64] Measured against this standard, and bearing in mind the deference that is owed to decisions made under s. 25(1), the Officer’s decision was reasonable. Accordingly, I would uphold that decision and dismiss Mr. Kanthasamy’s appeal.

Version française des motifs des juges Moldaver et Wagner rendus par

LE JUGE MOLDAVER (dissident) —

I. Aperçu

[62] En application du par. 25(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27 (« *LIPR* »), Jeyakannan Kanthasamy a demandé, pour des considérations d’ordre humanitaire, une dispense lui permettant de présenter au Canada sa demande de résidence permanente. La dispense lui a été refusée. Il sollicite l’annulation de cette décision au motif que l’agente principale d’immigration (l’« agente ») a appliqué le mauvais critère juridique et a agi de manière déraisonnable en rejetant sa demande.

[63] Le paragraphe 25(1) tient lieu de soupape pour les deux voies habituelles par lesquelles un étranger peut s’installer à demeure au Canada : les catégories d’immigration et la protection des réfugiés. Il confère au ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration (le « ministre ») le pouvoir de soustraire un demandeur à l’application des exigences de la *LIPR* lorsqu’il estime que des considérations d’ordre humanitaire le justifient. Correctement interprété, il offre au demandeur dont la situation est exceptionnelle et pressante un moyen souple d’obtenir la mesure souhaitée. Pour des raisons qui ressortent ci-après, je suis d’avis que, pour décider d’accorder ou non la dispense prévue au par. 25(1), le décideur doit déterminer si, compte tenu de l’ensemble des circonstances, dont la nature exceptionnelle de la dispense pour considérations d’ordre humanitaire, un Canadien honnête et ouvert d’esprit estimerait qu’il est simplement inacceptable de ne pas faire droit à la demande.

[64] Au regard de cette norme, et en gardant présente à l’esprit la déférence dont il faut faire preuve à l’égard d’une décision rendue sur le fondement du par. 25(1), la décision de l’agente était raisonnable. Par conséquent, je suis d’avis de confirmer sa décision et de rejeter le pourvoi.

II. Factual Background

[65] Mr. Kanthasamy is a Tamil who grew up in northern Sri Lanka during that country's civil war. Although the war ended in 2009, the situation in Sri Lanka remained unstable, and young Tamil men in particular faced a heightened risk of being subjected to discriminatory security measures. Mr. Kanthasamy's family feared for his safety and arranged to send him to Canada. He arrived here using a false passport in April 2010. He was 16 years old.

A. *Procedural History*

[66] One month following Mr. Kanthasamy's arrival in Canada, he made a claim for refugee protection. That claim was denied in February 2011. In denying his claim, the Refugee Protection Division tribunal determined that he did not have a well-founded fear of persecution in Sri Lanka, and that removal to Sri Lanka would not subject him personally to a risk of death, torture, or cruel and unusual treatment or punishment. His application seeking leave to have this decision judicially reviewed was dismissed in May 2011.

[67] In July 2011, Mr. Kanthasamy applied under s. 25(1) to be exempted from the requirement that he apply for permanent resident status from outside Canada (the "H&C application"). His H&C application was received one day before his 18th birthday. He also applied for a Pre-Removal Risk Assessment ("PRRA") in August 2011.

[68] Both his PRRA and H&C application were denied in January 2012. In the PRRA decision, the immigration officer concluded that Mr. Kanthasamy would not face "more than a mere possibility of persecution in Sri Lanka", and that, on balance, he was not likely "to face a danger of torture, or a risk to life, or a risk of cruel and unusual treatment or punishment". Mr. Kanthasamy initially sought leave for judicial review of his PRRA denial, but in March 2012, after securing an agreement from the Minister

II. Contexte factuel

[65] D'origine tamoule, M. Kanthasamy a grandi dans le nord du Sri Lanka pendant la guerre civile qui a sévi dans le pays. La guerre a pris fin en 2009, mais la situation au Sri Lanka demeure instable, et les jeunes hommes tamouls en particulier s'exposent plus que d'autres à des mesures de sécurité discriminatoires. Craignant pour la sécurité de M. Kanthasamy, la famille de ce dernier a pris des dispositions afin qu'il vienne habiter au Canada. Muni d'un faux passeport, l'appelant est arrivé au pays en avril 2010, à l'âge de 16 ans.

A. *Historique des procédures*

[66] Un mois après son arrivée au Canada, M. Kanthasamy a présenté une demande d'asile. La Section de la protection des réfugiés a rejeté sa demande en février 2011. Elle a conclu qu'il n'avait pas une crainte fondée de persécution au Sri Lanka et que son renvoi dans ce pays ne l'exposerait pas personnellement à une menace à sa vie ou à un risque de torture ou de traitements ou peines cruels et inusités. L'autorisation de demander le contrôle judiciaire de cette décision a été refusée en mai 2011.

[67] En juillet 2011, M. Kanthasamy a demandé, sur le fondement du par. 25(1), une dispense de l'obligation de présenter à l'étranger sa demande de résidence permanente (la « demande de dispense pour considérations d'ordre humanitaire »). Sa demande a été reçue la veille de son dix-huitième anniversaire de naissance. Il a aussi demandé la tenue d'un examen des risques avant renvoi (« ERAR ») en août 2011.

[68] Les demandes d'ERAR et de dispense pour considérations d'ordre humanitaire ont débouché sur des décisions défavorables en janvier 2012. Dans la décision rendue à l'issue de l'ERAR, l'agente conclut que M. Kanthasamy ne s'expose qu'à [TRANSDUCTION] « une simple possibilité de persécution au Sri Lanka » et que, selon la prépondérance des probabilités, il ne « s'expose pas à un risque de torture ou de traitements ou peines cruels et inusités ou à une menace à sa vie ». M. Kanthasamy a initialement

to reconsider his H&C application, he withdrew his application for leave.

[69] On reconsideration, Mr. Kanthasamy's H&C application was again denied. Initial reasons for decision were provided in April 2012 and an addendum was released in July 2012. These two sets of reasons comprise the Officer's decision. Mr. Kanthasamy challenged that decision by way of judicial review in the Federal Court. His application for judicial review was dismissed, as was his subsequent appeal to the Federal Court of Appeal. He now appeals with leave to this Court.

B. Facts Underlying Mr. Kanthasamy's H&C Application

[70] The factual record underlying Mr. Kanthasamy's H&C application can be distilled into four categories: (1) his past mistreatment by Sri Lankan authorities; (2) the conditions he would face if he were removed to Sri Lanka; (3) the psychological consequences of his return to Sri Lanka; and (4) his establishment in Canada.

(1) Mistreatment by Sri Lankan Authorities

[71] The evidence of past mistreatment focuses on two incidents which occurred shortly before Mr. Kanthasamy left Sri Lanka. In March 2010, he was arrested at his home and taken to an army camp in his village, where he was detained for one day. During his detention, he was held in a dark room for three to four hours. Soldiers visited him sporadically and touched him with their guns, kicked him, and threatened to kill him if he did not cooperate. The soldiers wanted Mr. Kanthasamy to identify supporters of the Liberation Tigers of Tamil Eelam ("LTTE"), an anti-government militant group. He was ultimately released with the warning that he

sollicité l'autorisation de demander le contrôle judiciaire de la décision rendue à l'issue de l'ERAR, mais en mars 2012, après que le ministre eut accepté de réexaminer sa demande de dispense pour considérations d'ordre humanitaire, il s'est désisté.

[69] À l'issue de son réexamen, la demande de dispense pour considérations d'ordre humanitaire de M. Kanthasamy a de nouveau été rejetée. Les motifs de la décision datent d'avril 2012, mais un addenda s'y est ajouté en juillet 2012. Ensemble, ils forment la décision de l'agente. M. Kanthasamy a contesté cette décision par voie de contrôle judiciaire en Cour fédérale. Sa demande de contrôle judiciaire a été rejetée, tout comme son appel en Cour d'appel fédérale. Il se pourvoit aujourd'hui devant notre Cour.

B. Faits étayant la demande de dispense pour considérations d'ordre humanitaire

[70] Le dossier factuel invoqué par M. Kanthasamy à l'appui de sa demande de dispense pour considérations d'ordre humanitaire compte quatre volets : (1) les mauvais traitements antérieurs subis aux mains des autorités sri-lankaises; (2) la situation dans laquelle il se trouverait s'il était renvoyé au Sri Lanka; (3) les conséquences psychologiques de son retour au Sri Lanka; (4) son établissement au Canada.

(1) Mauvais traitements aux mains des autorités sri-lankaises

[71] La preuve de mauvais traitements a trait principalement à deux incidents survenus peu avant que M. Kanthasamy ne quitte le Sri Lanka. En mars 2010, il a été arrêté chez lui et emmené dans un camp militaire situé dans son village, où il a été détenu durant une journée. Pendant trois à quatre heures, il est demeuré dans une pièce sombre. Des soldats sont venus le voir de temps à autre et l'ont touché avec leurs armes, lui ont donné des coups de pied et ont menacé de le tuer s'il refusait de collaborer. Les militaires voulaient que M. Kanthasamy identifie des sympathisants des Tigres de libération de l'Eelam tamoul (« TLET »), un groupe militant

would be re-arrested if he helped to conceal LTTE supporters in his village.

[72] After his release, members of a pro-government paramilitary group came to his home, questioned him, and pressured him to join their group. They warned Mr. Kanthasamy's father to watch him, as the LTTE was trying to recruit young Tamil men. His father was concerned for Mr. Kanthasamy's safety, and arranged to send him from his home village in northern Sri Lanka to the capital, Colombo, where he could obtain passage to Canada.

[73] The second incident of mistreatment occurred in Colombo in April 2010. Mr. Kanthasamy was arrested by police and detained for one day. During his detention, he was threatened, physically assaulted, and interrogated once again about any involvement with the LTTE. He was released after paying money to the police, but was warned that he could not stay in Colombo. Shortly after this incident, Mr. Kanthasamy made his way to Canada using a false passport.

(2) Present-Day Conditions in Sri Lanka

[74] The record contains conflicting evidence about conditions in Sri Lanka and the extent to which the treatment of Tamils had improved since the end of the civil war and the defeat of the LTTE in 2009. Mr. Kanthasamy put forward evidence suggesting that young Tamil men in northern Sri Lanka still faced "frequent harassment" and "abusive behaviour" by government and paramilitary forces, and that security measures targeted Tamils in a disproportionate and discriminatory manner. He also submitted evidence that the Sri Lankan government continued to engage in torture and that some failed Tamil asylum seekers had faced arbitrary arrest and torture upon their return to Sri Lanka. On the other hand, two research packages prepared by the Immigration and Refugee Board, which summarized reports from news, academic and other sources on the treatment of Tamils in Sri Lanka, contained evidence

anti-gouvernemental. On l'a finalement libéré, mais en lui signifiant qu'il serait arrêté de nouveau s'il aidait des sympathisants des TLET à se cacher dans son village.

[72] Après sa libération, des membres d'un groupe paramilitaire pro-gouvernemental se sont rendus chez lui, l'ont interrogé et l'ont pressé de se joindre à eux. Ils ont enjoint à son père de le surveiller, car les TLET tentaient de recruter de jeunes hommes tamouls. Craignant pour la sécurité de son fils, le père a pris des dispositions pour lui faire quitter son village natal situé dans le nord du Sri Lanka et gagner la capitale, Colombo, où il pourrait se procurer un billet pour le Canada.

[73] Le second incident de mauvais traitements est survenu à Colombo en avril 2010. M. Kanthasamy a été arrêté par la police et détenu pendant une journée. Il a alors été menacé, agressé physiquement et interrogé encore une fois sur ses liens avec les TLET. La police l'a libéré moyennant une somme d'argent, mais elle lui a vivement déconseillé de rester à Colombo. Peu de temps après, M. Kanthasamy a rejoint le Canada muni d'un faux passeport.

(2) Situation actuelle au Sri Lanka

[74] Le dossier contient des éléments de preuve contradictoires sur la situation au Sri Lanka et l'amélioration du sort réservé aux Tamouls depuis la fin de la guerre civile et la défaite des TLET en 2009. M. Kanthasamy a produit des éléments de preuve selon lesquels les jeunes hommes tamouls du nord du Sri Lanka sont encore [TRADUCTION] « souvent victimes de harcèlement » et de « comportements abusifs » de la part du gouvernement et des forces paramilitaires, et les mesures de sécurité viseraient les Tamouls d'une manière démesurée et discriminatoire. Selon d'autres éléments de preuve offerts, le gouvernement sri-lankais recourrait encore à la torture et certains Tamouls auxquels l'asile avait été refusé à l'étranger auraient été arrêtés arbitrairement, puis torturés, à leur retour au Sri Lanka. Par contre, deux dossiers de recherche préparés par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié et

that the harassment and government surveillance of Tamils had decreased since 2009.

(3) Psychological Consequences of Return to Sri Lanka

[75] Mr. Kanthasamy was examined by a clinical psychologist in March 2012, and he submitted a psychological assessment in support of his H&C application. The psychologist, Dr. Kanagaratnam, outlined Mr. Kanthasamy's history in Sri Lanka, including the two instances of arrest and interrogation. Mr. Kanthasamy described to her how the ongoing immigration proceedings had caused him to experience difficulty sleeping, difficulties with concentration and recall, and a reduced appetite. She noted that he also reported symptoms of hyperarousal and hyper-vigilance when he saw military vehicles or heard the sounds of aircraft. According to Mr. Kanthasamy, he began experiencing these additional symptoms one to three months prior to his psychological evaluation.

[76] Dr. Kanagaratnam diagnosed Mr. Kanthasamy with anxiety, depression and post-traumatic stress disorder. Noting that “events that evoke elements of past trauma” can trigger the re-emergence of these conditions, she concluded that due to “a realistic and imminent threat to his safety, it is most likely that [Mr. Kanthasamy's] condition [would] further deteriorate psychologically if he [were] to be deported” (emphasis added).

(4) Establishment in Canada

[77] Mr. Kanthasamy's parents and three of his four siblings live in Sri Lanka. He had been living in Canada with his uncle, aunt and three cousins. To establish the strength of his attachment to Canada, Mr. Kanthasamy submitted evidence that he was “very close” to his Canadian relatives and they would be “very upset” if he had to return to Sri Lanka. At the time of his H&C application, he was enrolled in high school, worked part-time in his

constitués notamment de résumés de reportages et d'articles d'universitaires sur le traitement réservé aux Tamouls au Sri Lanka indiquent que le harcèlement et la surveillance des Tamouls par le gouvernement ont diminué depuis 2009.

(3) Conséquences psychologiques du renvoi au Sri Lanka

[75] M. Kanthasamy a été examiné par une psychologue clinicienne en mars 2012. Il a produit le rapport d'évaluation psychologique à l'appui de sa demande de dispense pour considérations d'ordre humanitaire. La D^{re} Kanagaratnam fait état du passé de M. Kanthasamy au Sri Lanka, y compris les deux fois où il a été arrêté et interrogé. M. Kanthasamy lui a expliqué comment la procédure d'immigration en cours perturbait son sommeil, nuisait à sa concentration et à sa mémoire et diminuait son appétit. Il a aussi dit ressentir de l'hyperexcitation et de l'hyper-vigilance lorsqu'il voyait un véhicule militaire ou entendait le bruit d'un avion. M. Kanthasamy aurait commencé à éprouver ces nouveaux symptômes un à trois mois avant son évaluation psychologique.

[76] La D^{re} Kanagaratnam conclut que M. Kanthasamy souffre d'anxiété, de dépression et d'un trouble de stress post-traumatique. Elle signale que les [TRADUCTION] « événements qui évoquent des traumatismes passés » peuvent faire réapparaître ces symptômes, puis conclut que, vu « la menace réelle et imminente à sa sécurité, il est fort probable que l'état psychologique [de M. Kanthasamy] se détériore encore s'il est renvoyé » (je souligne).

(4) Établissement au Canada

[77] Les parents de M. Kanthasamy et trois de ses quatre sœurs vivent au Sri Lanka. M. Kanthasamy vit au Canada avec son oncle, sa tante et trois cousins. Pour établir la fermeté de ses liens avec le Canada, il a témoigné être [TRADUCTION] « très proche » des membres de sa famille au Canada et que ces derniers seraient « bouleversés » s'il devait rentrer au Sri Lanka. Au moment de présenter sa demande de dispense pour considérations d'ordre humanitaire, il

uncle's hair salon and volunteered at a local temple. He had spent approximately 16 months in Canada.

III. Decisions Below

A. *Decision on Mr. Kanthasamy's H&C Application*

[78] Mr. Kanthasamy raised four factors in support of his application for relief under s. 25(1): (1) personalized risk of discrimination; (2) establishment in Canada; (3) the psychological impact of removal from Canada; and (4) his best interests as a child.

[79] In her reasons for dismissing his H&C application, the Officer stated that Mr. Kanthasamy bore the burden of establishing that the “hardship . . . would be . . . unusual and undeserved or . . . disproportionate”. This test initially appeared in the Minister's immigration processing manual some three decades ago (Employment and Immigration Canada, *Immigration Manual* (1986), s. 1.39). It has been repeatedly applied by the Federal Court since then (see, for example, *Lim v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 956; *Pan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 1303; *Rizvi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 463). The current manual employs the same hardship test and provides a non-exhaustive list of factors for immigration officers to consider when assessing applications under s. 25(1) (Citizenship and Immigration Canada, *Inland Processing*, “IP 5: Immigrant Applications in Canada made on Humanitarian or Compassionate Grounds”, ss. 5.10 and 5.11 (the “Guidelines”)). It is against this backdrop that the Officer evaluated the factors raised by Mr. Kanthasamy.

[80] The Officer accepted that young Tamil males continued to face discriminatory treatment by authorities. However, she noted that the focus of the government's attention was on suspected LTTE

était inscrit à l'école secondaire, il travaillait à temps partiel au salon de coiffure de son oncle et il faisait du bénévolat à un temple du voisinage. Il avait passé environ 16 mois au Canada.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Décision sur la demande de dispense pour considérations d'ordre humanitaire*

[78] M. Kanthasamy a soulevé quatre facteurs à l'appui de sa demande de dispense fondée sur le par. 25(1) : (1) son risque personnel d'être victime de discrimination; (2) son établissement au Canada; (3) les répercussions psychologiques de son renvoi du Canada; (4) son intérêt supérieur en tant qu'enfant.

[79] Dans ses motifs de rejet de la demande, l'agente indique qu'il incombait à M. Kanthasamy de démontrer qu'il ferait l'objet de [TRADUCTION] « difficultés [. . .] inhabituelles et injustifiées ou [. . .] démesurées ». Ce critère a vu le jour dans le guide ministériel de traitement des demandes publié il y a environ trois décennies (Emploi et Immigration Canada, *Guide de l'immigration* (1986), section 1.39). Depuis, la Cour fédérale l'applique couramment (voir p. ex. *Lim c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 956; *Pan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 1303; *Rizvi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 463). La version actuelle du guide reprend le même critère des difficultés et énumère de manière non exhaustive les facteurs que l'agent d'immigration doit prendre en compte pour se prononcer sur une demande fondée sur le par. 25(1) (Citoyenneté et Immigration Canada, *Traitement des demandes au Canada*, « IP 5 : Demande présentée par des immigrants au Canada pour des motifs d'ordre humanitaire », sections 5.10 et 5.11 (les « Lignes directrices »)). Voilà le contexte dans lequel l'agente a soupesé les facteurs invoqués par M. Kanthasamy.

[80] L'agente reconnaît que les jeunes hommes tamouls continuent de faire l'objet de mesures discriminatoires de la part des autorités. Cependant, elle fait observer que le gouvernement s'intéresse

supporters and that Mr. Kanthasamy had failed to present sufficient evidence that he would be personally targeted by security forces. While recognizing Mr. Kanthasamy's establishment in Canada, the Officer observed that it had occurred while he was under a removal order, and concluded that returning to Sri Lanka would not rise to the level of hardship. In evaluating the psychological evidence, the Officer accepted Dr. Kanagaratnam's medical diagnoses, but was not satisfied that Mr. Kanthasamy would be unable to obtain treatment for his conditions in Sri Lanka. Regarding "the best interests of the child", the Officer concluded that it was in Mr. Kanthasamy's best interests to return to Sri Lanka where he would have the care and support of his parents and siblings.

[81] Reviewing the record in its entirety, the Officer was unpersuaded that return to Sri Lanka would subject Mr. Kanthasamy to unusual and undeserved or disproportionate hardship. She concluded that H&C considerations did not justify granting an exemption.

B. *Judicial Review and Appeal*

[82] On judicial review, Mr. Kanthasamy challenged the Officer's decision on several grounds (2013 FC 802, [2014] 3 F.C.R. 438). Among them, he claimed the Officer unreasonably concluded that he would not face a personalized risk of discrimination in Sri Lanka. Further, she unreasonably discounted evidence relating to his establishment in Canada and the psychological impact of deportation to Sri Lanka. Finally, she did not adequately consider his best interests as a child.

[83] Kane J. dismissed the application for judicial review. In her view, the Officer's conclusions on these points were reasonable. The Federal Court of Appeal unanimously dismissed Mr. Kanthasamy's appeal (2014 FCA 113, [2015] 1 F.C.R. 335, Blais C.J., Sharlow and Stratas J.J.A.). Writing for the court, Stratas J.A. concluded that subject to this

essentiellement à ceux qu'il soupçonne d'être des sympathisants des TLET et que M. Kanthasamy n'a pas réussi à prouver qu'il serait personnellement pris pour cible par les forces de sécurité. L'agente reconnaît certes l'établissement de M. Kanthasamy au Canada, mais elle fait remarquer qu'il coïncide avec l'application d'une mesure de renvoi, puis conclut que son retour au Sri Lanka n'entraînerait pas de difficultés. Après examen de la preuve d'ordre psychologique, l'agente accepte le diagnostic de la D^{re} Kanagaratnam, mais elle dit ne pas être convaincue que M. Kanthasamy ne pourrait pas être traité au Sri Lanka pour ses problèmes de santé. En ce qui concerne « l'intérêt supérieur de l'enfant », l'agente conclut qu'il est dans l'intérêt supérieur de M. Kanthasamy de retourner au Sri Lanka où il bénéficiera des soins et du soutien de ses parents et de ses sœurs.

[81] À l'issue de l'examen du dossier en entier, l'agente dit ne pas être convaincue que le retour de M. Kanthasamy au Sri Lanka l'exposerait à des difficultés inhabituelles et injustifiées ou démesurées. Elle conclut que les considérations d'ordre humaine invoquées ne justifient pas une dispense.

B. *Contrôle judiciaire et appel*

[82] Dans le cadre du contrôle judiciaire, M. Kanthasamy contestait la décision pour plusieurs motifs (2013 CF 802, [2014] 3 R.C.F. 438). Il déplorait notamment le caractère déraisonnable de la conclusion de l'agente selon laquelle il ne risquait pas personnellement d'être victime de discrimination au Sri Lanka. En outre, l'agente avait déraisonnablement omis de tenir compte de la preuve de son établissement au Canada et des répercussions psychologiques de son renvoi au Sri Lanka. Enfin, elle n'avait pas bien examiné la question de l'intérêt supérieur de l'enfant.

[83] La juge Kane a rejeté la demande de contrôle judiciaire. Selon elle, les conclusions de l'agente sur ces points sont raisonnables. La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel de M. Kanthasamy à l'unanimité (2014 CAF 113, [2015] 1 R.C.F. 335, le juge en chef Blais et les juges Sharlow et Stratas). Au nom de la Cour d'appel fédérale, le juge Stratas

Court holding otherwise, the hardship test reflected the appropriate standard to be applied under s. 25(1) (paras. 47-49). He cautioned against applying the list of factors in the Guidelines as a closed list, but concluded the Officer had not done so in this case (paras. 51-53). The Officer had instead weighed the evidence and come to a reasonable decision.

IV. Analysis

[84] This case raises two issues. The first issue is one of statutory interpretation: the meaning of the phrase “justified by humanitarian and compassionate considerations” in s. 25(1) of the *IRPA*. At the time of Mr. Kanthasamy’s application, s. 25(1) read as follows:

25. (1) The Minister . . . may grant the foreign national permanent resident status or an exemption from any applicable criteria or obligations of this Act if the Minister is of the opinion that it is justified by humanitarian and compassionate considerations relating to the foreign national, taking into account the best interests of a child directly affected.

[85] My colleague Justice Abella has considered the meaning of the phrase in question and I agree with much of what she says. With respect, however, I cannot agree with the test she proposes for granting relief under s. 25(1). The scheme of the *IRPA* and the intention of Parliament in enacting s. 25(1) and its predecessors all suggest that s. 25(1) is meant to provide a flexible — but exceptional — mechanism for relief. Giving it an overly broad interpretation risks creating a separate, freestanding immigration process, something Parliament clearly did not intend.

[86] The second issue is whether, in light of the meaning of s. 25(1), the Officer’s decision to deny Mr. Kanthasamy an exemption was reasonable. Unlike my colleague, I am respectfully of the view that it was.

conclut que, sauf décision contraire de notre Cour, le critère des difficultés est le bon critère à appliquer aux fins du par. 25(1) (par. 47-49). Il dit qu’il faut se garder de voir dans l’énumération de facteurs que renferment les Lignes directrices une énumération exhaustive, mais il conclut que ce n’est pas ce que fait l’agente en l’espèce (par. 51-53), qui apprécie plutôt la preuve et rend une décision raisonnable.

IV. Analyse

[84] Le pourvoi soulève deux questions. La première relève de l’interprétation législative : que faut-il entendre par l’expression « des considérations d’ordre humanitaire [. . .] le justifient » employée au par. 25(1) de la *LIPR*? Le texte de la disposition au moment où M. Kanthasamy a présenté sa demande était le suivant :

25. (1) Le ministre [. . .] peut lui octroyer le statut de résident permanent ou lever tout ou partie des critères et obligations applicables, s’il estime que des considérations d’ordre humanitaire relatives à l’étranger le justifient, compte tenu de l’intérêt supérieur de l’enfant directement touché.

[85] Ma collègue la juge Abella se penche sur le sens de l’expression, et je souscris dans une large mesure à son raisonnement. Cependant, soit dit en tout respect, je ne peux faire mien le critère qu’elle propose pour l’octroi de la dispense visée au par. 25(1). Le régime de la *LIPR*, ainsi que l’intention du législateur lorsqu’il a adopté le par. 25(1) et les dispositions antérieures, indiquent tous que, pour les besoins du par. 25(1), la procédure se veut souple, mais d’application exceptionnelle. Interpréter trop largement cette disposition risque de créer un processus d’immigration autonome distinct, ce que n’a clairement pas voulu le législateur.

[86] La seconde question consiste à savoir si, compte tenu du sens du par. 25(1), le refus de l’agente d’accorder une dispense à M. Kanthasamy était raisonnable. Soit dit en tout respect, contrairement à ma collègue, je suis enclin à répondre par l’affirmative.

A. *Standard of Review*

[87] I find it unnecessary to decide whether the standard of review applicable to the Officer's *interpretation* of s. 25(1) is correctness or reasonableness. For reasons that will become apparent, had she applied the test set out in these reasons, she would inevitably have come to the same result.

B. *The Role of Section 25(1) Within the IRPA*

[88] The *IRPA* and its regulations create a carefully tailored scheme, with two normal streams by which foreign nationals can come to Canada permanently: the immigration classes and the refugee process. Within each stream, Parliament has established a set of criteria that reflect Canada's immigration and refugee policy goals and international obligations. These criteria anticipate most circumstances in which foreign nationals should be admitted to Canada. Parliament has also established procedures for determining whether an applicant meets these criteria, and procedural safeguards designed to ensure that these criteria have been properly applied, such as internal appeals, judicial review and the *PRRA* process.

[89] However, as with any administrative scheme, Parliament recognized that cases could arise in which the strict application of the rules would not reflect Canada's policy goals, or would lead to an arbitrary or inhumane result. With this in mind, it empowered the Minister to grant some applicants special relief if they could convince the Minister that the relief sought was "justified by humanitarian and compassionate considerations" (*IRPA*, s. 25(1)).

[90] The legislative history of the H&C provision makes clear that the provision was not intended as a separate category for admission to Canada, but rather as a safety valve for exceptional cases (see *House of Commons Debates*, vol. XII, 1st Sess., 27th Parl., February 20, 1967, at pp. 13267-68). Though the terms "humanitarian" and "compassionate" have remained unchanged since the provision was first enacted, the provision has been

A. *Norme de contrôle*

[87] Je juge inutile de décider si la norme de contrôle applicable à l'*interprétation* du par. 25(1) par l'agente est celle de la décision correcte ou celle de la décision raisonnable. Pour des raisons qui ressortent ci-après, si elle avait appliqué le critère énoncé dans les présents motifs, elle serait forcément arrivée à la même conclusion.

B. *Fonction du par. 25(1) dans la LIPR*

[88] Selon un régime minutieusement conçu par la *LIPR* et son règlement, deux voies s'offrent à l'étranger désireux de s'installer à demeure au Canada : les catégories d'immigration et la protection des réfugiés. Le législateur établit pour chacune d'elles un ensemble de critères qui reflètent les objectifs généraux du Canada en matière d'immigration et de protection des réfugiés, ainsi que ses obligations internationales. Ces critères anticipent la plupart des circonstances dans lesquelles un étranger devrait être admis au Canada. Le législateur prévoit également des mécanismes pour déterminer si un demandeur satisfait ou non à ces critères, ainsi que des garanties procédurales de l'application régulière de ces critères, comme la révision interne, le contrôle judiciaire et l'*ERAR*.

[89] Cependant, comme pour tout régime administratif, le législateur reconnaît qu'il peut arriver que l'application stricte des règles ne soit pas conforme aux objectifs généraux du Canada ou qu'elle mène à un résultat arbitraire ou inhumain. C'est pourquoi il confère au ministre le pouvoir d'accorder une mesure spéciale à certains demandeurs, soit ceux qui le convainquent que « des considérations d'ordre humanitaire [. . .] le justifient » (*LIPR*, par. 25(1)).

[90] Il ressort de son historique législatif que la disposition relative aux considérations d'ordre humanitaire n'était pas censée créer une catégorie distincte d'admission au Canada, mais devait plutôt servir de soupape dans des cas exceptionnels (voir *Débats de la Chambre des communes*, vol. XII, 1^{re} sess., 27^e lég., 20 février 1967, p. 13267-13268). Le terme « humanitaire » est demeuré inchangé depuis l'adoption de la disposition, mais celle-ci a

debated, revised and re-enacted multiple times (see *Immigration Appeal Board Act*, S.C. 1966-67, c. 90, s. 15(1)(b)(ii); *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 114(2); *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 25(1); *Balanced Refugee Reform Act*, S.C. 2010, c. 8, s. 4). Notably, when Parliament amended the provision in 2010, it did so with a view to emphasizing the provision's original purpose. As Peter MacDougall, the Director General of Refugees at the Department of Citizenship and Immigration, put it at the time:

... the original intent of the H and C provision was to provide the government with the flexibility to approve exceptional and compelling cases not anticipated in the Immigration and Refugee Protection Act. It was never intended to be an alternate immigration stream or an appeal mechanism for failed asylum claimants. It should be reserved for exceptional cases.

But what has happened is that some failed asylum claimants use the humanitarian and compassionate provision in another process to try to remain in Canada. In fact, more than half of the humanitarian and compassionate backlog is now made up of failed asylum claimants. [Emphasis added.]

(House of Commons, Standing Committee on Citizenship and Immigration, *Evidence*, No. 19, 3rd Sess., 40th Parl., May 27, 2010, at 15:40)

[91] Mr. MacDougall's comments pertained, *inter alia*, to what is now s. 25(1.3) of the *IRPA*, which reads as follows:

25. ...

(1.3) In examining the request of a foreign national in Canada, the Minister may not consider the factors that are taken into account in the determination of whether a person is a Convention refugee under section 96 or a person in need of protection under subsection 97(1) but must consider elements related to the hardships that affect the foreign national.

The interpretation of this provision arises in this case. In the Federal Court of Appeal, Stratas J.A.

manifestement été examinée, révisée et rééditée (voir *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*, S.C. 1966-67, c. 90, sous-al. 15(1)(b)(ii); *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, c. I-2, par. 114(2); *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27, par. 25(1); *Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés*, L.C. 2010, c. 8, art. 4). Fait digne de mention, lorsque le législateur a modifié la disposition en 2010, il l'a fait dans le but de souligner son objectif initial. Comme l'a dit à l'époque le directeur général, Réfugiés, ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration, Peter MacDougall :

... l'intention initiale de la disposition sur les [considérations d'ordre humanitaire] était d'offrir au gouvernement la flexibilité d'approuver des cas exceptionnels et impérieux non prévus par la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés. Elle n'a jamais été destinée à constituer un volet d'immigration distinct ou un mécanisme d'appel pour les demandeurs d'asile déboutés. Elle devrait être réservée aux cas exceptionnels . . .

Mais le fait est que certains demandeurs d'asile déboutés utilisent la disposition humanitaire comme un processus supplémentaire pour tenter de rester au Canada. En fait, plus de la moitié de l'inventaire des demandes humanitaires est composée de demandeurs d'asile déboutés. [Je souligne.]

(Chambre des communes, Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, *Témoignages*, n° 19, 3^e sess., 40^e lég., 27 mai 2010, 15 h 40)

[91] Les commentaires de M. MacDougall se rapportaient notamment à ce qui constitue aujourd'hui le par. 25(1.3) de la *LIPR*, lequel dispose :

25. ...

(1.3) Le ministre, dans l'étude de la demande faite au titre du paragraphe (1) d'un étranger se trouvant au Canada, ne tient compte d'aucun des facteurs servant à établir la qualité de réfugié — au sens de la Convention — aux termes de l'article 96 ou de personne à protéger au titre du paragraphe 97(1); il tient compte, toutefois, des difficultés auxquelles l'étranger fait face.

La question de l'interprétation de cette disposition se pose en l'espèce. En Cour d'appel fédérale, le

concluded that it was “not meant to change the overall standard” for granting s. 25(1) relief (para. 66). As he explained, “the evidence adduced in previous proceedings under sections 96 and 97 . . . is admissible in subsection 25(1) proceedings” (para. 73). Section 25(1.3) requires officers to “assess that evidence through the lens of the subsection 25(1) test” and “not to undertake another section 96 or 97 risk assessment or substitute [their] decision for the Refugee Protection Division’s” (paras. 73-74).

[92] I agree with Stratas J.A.’s interpretation of s. 25(1.3). This subsection reminds decision makers that the H&C provision is not meant to be a second refugee proceeding with a lower threshold for admission. However, it does not prevent decision makers from looking at the facts and circumstances raised in the ss. 96 and 97 proceedings.

[93] In keeping with this legislative history, courts have recognized the exceptional nature of the H&C provision. This Court has described it as a “plea to the executive branch for special consideration” (*Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84, at para. 64) and as “involv[ing] the exercise of considerable discretion” (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 31). The Federal Court at both the trial and appellate level has emphasized that the provision is both exceptional and discretionary (see, for example, *Paz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 412, at para. 15; *Legault v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 125, [2002] 4 F.C. 358 (leave to appeal refused, [2002] 4 S.C.R. vi), at para. 15; *Pannu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1356, at para. 29 (CanLII)).

Le juge Stratas conclut que ce paragraphe n’a pas pour « objet [. . .] de modifier le critère général » applicable à l’octroi de la dispense visée au par. 25(1) (par. 66). Comme il l’explique, « les éléments de preuve produits dans le cadre d’une procédure antérieure fondée sur les articles 96 et 97 [sont admissibles] dans une procédure au titre du paragraphe 25(1) » (par. 73). Suivant le par. 25(1.3), l’agent doit « apprécier ces éléments à travers le prisme du critère du paragraphe 25(1) » et non « procéder à une nouvelle appréciation du risque aux fins des articles 96 et 97 ou [. . .] substituer sa décision aux conclusions tirées, lors de l’appréciation de ce risque, par la Section de la protection des réfugiés » (par. 73-74).

[92] Je souscris à l’interprétation du par. 25(1.3) du juge Stratas. Ce paragraphe rappelle au décideur que la disposition relative aux considérations d’ordre humanitaire n’est pas censée donner lieu à une nouvelle procédure d’examen de la demande d’asile au regard de conditions d’admission moins strictes. Il ne l’empêche cependant pas d’examiner les faits et les circonstances considérés dans les instances relatives aux art. 96 et 97.

[93] Au vu de cet historique législatif, les tribunaux ont reconnu la nature exceptionnelle de la disposition relative aux considérations d’ordre humanitaire. Notre Cour a vu dans la demande fondée sur cette disposition un « plaidoyer auprès de l’exécutif en vue d’obtenir un traitement spécial » (*Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84, par. 64) et elle a affirmé que statuer sur cette demande « suppose l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire étendu » (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 31). La Cour fédérale, tant en première instance qu’en appel, a insisté sur le caractère exceptionnel et discrétionnaire de la mesure prévue par la disposition (voir p. ex. *Paz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2009 CF 412, par. 15 (CanLII); *Legault c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CAF 125, [2002] 4 C.F. 358 (autorisation d’appel refusée, [2002] 4 R.C.S. vi), par. 15; *Pannu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 1356, par. 29 (CanLII)).

[94] In short, s. 25(1) is intended to provide flexibility and a means of relief for applicants who do not fall strictly within the rules governing the admission of foreign nationals to Canada. That said, Parliament did not intend to provide relief on a routine basis. Section 25(1) was meant to operate as an exception, not the rule.

C. The Approach to Evaluating H&C Applications Requires Flexibility and Stringency

[95] As noted, s. 25(1) empowers the Minister to grant applicants relief from the requirements of the *IRPA* when such relief is “justified by humanitarian and compassionate considerations” (*IRPA*, s. 25(1)). The Minister has described the approach immigration officers should take under s. 25(1) in the Guidelines. The Guidelines require applicants to demonstrate that denial of relief would cause them “unusual and undeserved” or “disproportionate” hardship. Though the Federal Courts have adopted this test, as I have observed, it did not originate there or in Parliament. Instead, it appeared in the Minister’s immigration manual as early as 1986.

[96] To recapitulate, the test for H&C relief must balance the dual characteristics of stringency and flexibility. The hardship test is a good test in that it achieves the degree of stringency required to grant H&C relief. If an applicant can demonstrate “unusual and undeserved or disproportionate hardship”, he or she should be granted relief. With respect, however, the test falls down on the flexibility side. Put simply, it risks excluding or diminishing the weight that some factors may deserve in deciding whether H&C relief should be granted.

[97] In the Federal Court of Appeal, Stratas J.A. described the hardship test as “requiring proof that the applicant will personally suffer unusual and undeserved, or disproportionate hardship arising from

[94] En résumé, le par. 25(1) est censé offrir un moyen souple d’obtenir la mesure souhaitée dans le cas d’un demandeur qui ne respecte pas strictement les règles d’admission d’un étranger au Canada. Cela dit, le législateur n’entendait pas accorder la mesure d’office. L’application du par. 25(1) devait être l’exception, non la règle.

C. L’examen d’une demande de dispense pour considérations d’ordre humanitaire commande une approche à la fois souple et rigoureuse

[95] Rappelons que le par. 25(1) confère au ministre le pouvoir de dispenser un demandeur du respect des exigences de la *LIPR* s’il estime que « des considérations d’ordre humanitaire [. . .] le justifient » (*LIPR*, par. 25(1)). Les Lignes directrices ministérielles précisent quelle doit être l’approche de l’agent d’immigration appelé à se prononcer sur l’application du par. 25(1). Ainsi, le demandeur doit démontrer qu’il serait exposé à des difficultés « inhabituelles et injustifiées » ou « démesurées » si la dispense ne lui était pas accordée. Ce critère a été repris par les cours fédérales mais, comme je le fais remarquer précédemment, il n’a été établi ni par elles, ni par le législateur. Il a plutôt vu le jour dans le guide d’immigration du ministre dès 1986.

[96] En résumé, le critère applicable à l’octroi d’une dispense pour considérations d’ordre humanitaire suppose la mise en balance des deux caractéristiques que sont la rigueur et la souplesse. Le critère des difficultés est valable en ce qu’il garantit la rigueur nécessaire à l’octroi de la dispense. Le demandeur qui peut démontrer qu’il sera exposé à des « difficultés inhabituelles et injustifiées ou démesurées » doit obtenir la dispense. Mais, soit dit en tout respect, ce critère ne permet pas assez de souplesse. Autrement dit, il risque d’exclure certains facteurs ou d’en atténuer l’importance au moment de décider si une dispense pour considérations d’ordre humanitaire doit être accordée ou non.

[97] En Cour d’appel fédérale, le juge Stratas considère que le critère des difficultés « oblig[e] le demandeur à prouver que l’application de [. . .] la règle normale [. . .] ferait subir personnellement [au

the application of . . . the normal rule” (para. 41 (emphasis added)). Read literally, this test is future-oriented and focuses solely on the applicant. It asks how the applicant is likely to be affected in the future if relief is denied. As such, it runs the risk of excluding from consideration otherwise relevant H&C factors such as past hardship the applicant may have suffered or the impact that denying relief is likely to have on persons other than the applicant.

[98] Though the Guidelines direct decision makers to consider a broad range of factors such as family violence and establishment in Canada, the hardship lens might lead a decision maker to disregard these factors or give them less weight than they deserve. For example, a future-oriented analysis may not adequately account for the past hardship of sponsored spouses who leave abusive spouses or whose spouses become ineligible to sponsor them by virtue of a conviction involving domestic violence (H. Neufeld, “Inadequacies of the Humanitarian and Compassionate Procedure for Abused Immigrant Spouses” (2009), 22 *J.L. & Soc. Pol’y* 177, at p. 205). Likewise, a decision maker applying the hardship test literally might disregard the impact denying relief would have on other adults who are dependent on the applicant for their care and well-being (see, for example, *Jacob v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1382, 423 F.T.R. 1, at para. 33).

[99] Neither the future-oriented analysis nor the exclusive focus on the applicant flows from the statute. Section 25(1) does not limit *when* the relevant H&C considerations must occur; nor does it require that they be viewed only from the applicant’s perspective. It asks only that decision makers look at H&C considerations *relating to* the applicant. Section 25(1) is framed in broad terms because it is impossible to foresee all situations in which it might be appropriate to grant relief to someone seeking to enter or remain in Canada. A more comprehensive approach is therefore required.

demandeur] des difficultés inhabituelles et injustifiées ou [démessurées] » (par. 41 (je souligne)). Interprété littéralement, le critère est prospectif et ne vise que le demandeur. Il s’agit de savoir comment le demandeur risque d’être touché ultérieurement si la dispense lui est refusée. Par conséquent, son application risque d’écarter de l’examen des facteurs d’ordre humanitaire par ailleurs pertinents comme les difficultés passées que le demandeur a connues ou les répercussions vraisemblables d’un refus de dispense sur d’autres personnes que lui.

[98] Bien que les Lignes directrices obligent le décideur à examiner une vaste gamme de facteurs comme la violence familiale et l’établissement au Canada, le critère des difficultés peut l’amener à faire abstraction de ces facteurs ou à leur accorder une importance moindre que celle voulue. Par exemple, une analyse prospective peut ne pas bien tenir compte des difficultés antérieures d’un conjoint parrainé qui quitte son conjoint violent ou dont le conjoint ne peut plus le parrainer parce qu’il a été déclaré coupable d’une infraction liée à la violence familiale (H. Neufeld, « Inadequacies of the Humanitarian and Compassionate Procedure for Abused Immigrant Spouses » (2009), 22 *R.L.P.S.* 177, p. 205). De même, le décideur qui interprète littéralement le critère des difficultés risque de ne pas tenir compte des répercussions éventuelles d’un refus de dispense sur d’autres adultes dont le soin et le bien-être dépendent du demandeur (voir p. ex. *Jacob c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2012 CF 1382, par. 33 (CanLII)).

[99] Ni l’analyse prospective, ni l’examen axé sur le seul demandeur ne découlent de la loi. Le paragraphe 25(1) ne précise pas *la période pendant laquelle* il doit y avoir considérations d’ordre humanitaire et il ne requiert pas non plus que l’existence de celles-ci ne soit envisagée que vis-à-vis du demandeur. Ce paragraphe exige seulement du décideur qu’il se penche sur l’existence de considérations d’ordre humanitaire *relatives* au demandeur. Il est formulé en termes généraux parce qu’il est impossible de prévoir toutes les situations où il pourrait être approprié d’accorder une dispense à une personne désireuse d’entrer au Canada ou d’y demeurer. Une approche plus globale s’impose donc.

[100] Given that s. 25(1) is intended to act as a safety valve by providing flexibility to the normal operation of the *IRPA*, the test should reflect the broad range of factors that may be relevant. As the Minister is empowered to grant an exceptional remedy, the test should also convey the level of intensity that those factors must reach — that is, the stringent threshold for relief.

[101] Bearing in mind the purpose and context of s. 25(1), and the fact that the hardship test used to date may, in some circumstances, be overly restrictive, I would reframe the test for granting relief as follows: *whether, having regard to all of the circumstances, including the exceptional nature of H&C relief, the applicant has demonstrated that decent, fair-minded Canadians would find it simply unacceptable to deny the relief sought*. To be *simply unacceptable*, a case should be sufficiently compelling to generate a broad consensus that exceptional relief should be granted.

[102] This test maintains the stringency of the hardship test — but does not exceed it. The hardship test requires applicants to demonstrate “unusual and undeserved or disproportionate” hardship. If an applicant meets the hardship test, he or she should be granted relief. To do otherwise would be simply unacceptable.

[103] At the same time, it is more flexible than the hardship test. It asks decision makers to turn their minds to all of the relevant circumstances when deciding whether refusing relief would be “simply unacceptable”. This prevents decision makers from excluding relevant H&C considerations because they do not fit within the future-oriented hardship framework or because they do not involve hardship experienced solely by the applicant.

[104] The “simply unacceptable” test I am proposing should not be seen as wordsmithing; nor, in my view, will it lead to more confusion than clarity.

[100] Étant donné que le par. 25(1) se veut une soupape qui permet d’infléchir quelque peu l’application régulière de la *LIPR*, le critère doit refléter la vaste gamme des facteurs susceptibles d’être pertinents. Comme le ministre a le pouvoir d’accorder une mesure exceptionnelle, le critère doit aussi rendre compte du degré d’intensité devant correspondre à ces facteurs, c’est-à-dire le seuil élevé à franchir pour obtenir la dispense.

[101] Eu égard à l’objet et au contexte du par. 25(1), et compte tenu du fait que le critère des difficultés appliqué jusqu’à ce jour peut, dans certains cas, être trop restrictif, je reformulerais comme suit le critère applicable à l’octroi de la dispense : *compte tenu de toutes les circonstances, dont la nature exceptionnelle de la dispense pour considérations d’ordre humanitaire, le demandeur a-t-il démontré qu’un Canadien honnête et ouvert d’esprit estimerait qu’il est simplement inacceptable de ne pas faire droit à la demande?* Pour que le refus soit *simplement inacceptable*, la situation doit être suffisamment pressante pour que l’opportunité d’une dispense exceptionnelle fasse largement consensus.

[102] Ce critère conserve la rigueur du critère des difficultés sans l’accroître. Le critère des difficultés oblige en effet le demandeur à démontrer qu’il s’exposerait à des difficultés « inhabituelles et injustifiées ou démesurées ». Le demandeur qui y parvient doit obtenir une dispense, car il serait simplement inacceptable de la lui refuser.

[103] Pourtant, le critère proposé est plus souple que celui des difficultés. Le décideur doit examiner toutes les circonstances pertinentes pour décider s’il serait « simplement inacceptable » de refuser la dispense. Dès lors, il ne peut exclure des considérations d’ordre humanitaire pertinentes au motif qu’elles ne cadrent pas avec l’analyse prospective inhérente au critère des difficultés ou qu’elles ne concernent pas des difficultés que seul le demandeur risque de rencontrer.

[104] Le critère du refus « simplement inacceptable » que je propose ne doit pas être considéré comme un simple exercice sémantique. À mon sens,

It uses concepts that are well-understood and regularly applied in Canadian law. For example, the test for whether extradition would violate s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* “on account of the penalty which may be imposed in the requesting state” is whether the penalty would be “simply unacceptable” (*Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, at p. 849). Similarly, in criminal law, abuse of process may be established where conduct would violate the community’s sense of fair play and decency (*R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309, at para. 41).

[105] The appellant submits that the hardship test is too stringent and proposes that the test found in *Chirwa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1970), 4 I.A.C. 338, be adopted as a less stringent alternative. He argues that relief should be granted in circumstances which “would excite in a reasonable [person] in a civilized community a desire to relieve the misfortunes of another” (*Chirwa*, at p. 350).

[106] My colleague discusses the *Chirwa* test at length. She acknowledges that it was developed for a different decision-making context than the hardship test (para. 20), but appears to conclude nonetheless that the correct approach is to import it into s. 25(1) and apply it in conjunction with the hardship test (paras. 30-33). In her view, the requirements of the hardship test — that the hardship must be unusual and undeserved or disproportionate — should be treated as “instructive but not determinative”, so that s. 25(1) may “respond more flexibly to the equitable goals of the provision” (para. 33).

[107] With respect, the test that my colleague proposes is amorphous. It does not provide any guidance to decision makers as to the kinds of factors outside the hardship test that would be sufficient to justify relief. Even more problematic, by introducing equitable principles, it runs the risk of watering down the stringency of the hardship test. Relief

il apporte davantage de clarté qu’il ne crée de confusion. Il repose sur des notions bien comprises et couramment appliquées en droit canadien. Par exemple, le critère qui permet de déterminer si l’extradition porte atteinte ou non à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* « [eu égard] à la peine qui peut être infligée dans l’État requérant » consiste à se demander si cette peine serait « simplement inacceptable » ou non (*Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, p. 849). De même, en droit criminel, l’abus de procédure peut être établi lorsque la conduite en question heurte le sens du franc-jeu et de la décence de la communauté (*R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309, par. 41).

[105] L’appelant soutient que le critère des difficultés est trop rigoureux et il préconise l’application du critère établi dans *Chirwa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (1970), 4 A.I.A. 351, qui l’est moins. Selon lui, il y a lieu d’accorder la dispense lorsque les faits sont « de nature à inciter [une personne] raisonnable d’une société civilisée à soulager les malheurs d’une autre personne » (*Chirwa*, p. 364).

[106] Ma collègue étudie en détail le critère issu de la décision *Chirwa*. Elle reconnaît que, par rapport au critère des difficultés, il a été établi pour les besoins d’un contexte décisionnel différent (par. 20), mais elle paraît néanmoins conclure que la bonne approche consiste à l’intégrer au par. 25(1) et à l’appliquer de pair avec celui des difficultés (par. 30-33). Selon elle, il faut tenir pour « instructifs, mais non décisifs » les adjectifs employés pour qualifier les difficultés — inhabituelles et injustifiées ou démesurées —, de sorte que le par. 25(1) puisse « répondre avec plus de souplesse aux objectifs d’équité qui [le] sous-tendent » (par. 33).

[107] Soit dit en tout respect, le critère que met de l’avant ma collègue est flou. Il ne permet pas à un agent de savoir quels éléments étrangers au critère des difficultés peuvent justifier une dispense. Mais surtout, le recours aux principes d’équité risque d’atténuer la rigueur du critère des difficultés. En effet, la dispense pourrait être accordée lorsque

could be granted in cases which arouse strong feelings of sympathy in an individual decision maker, but which do not reach the stringent standard that the hardship test demands. Setting the bar this low is inconsistent with Parliament's goal and risks turning s. 25(1) into an alternate immigration scheme, or an appeal mechanism for good faith but unsuccessful refugee claimants.

[108] The threshold that denial of relief must, in the circumstances, be *simply unacceptable* to *decent, fair-minded Canadians aware of the exceptional nature of H&C relief* provides the appropriate mix of flexibility and stringency. Canada is a desirable place to live. It is a thriving democracy with a high standard of living, a relatively low rate of violent crime and a generous social safety net. Understandably, many people want to come to Canada, and it is natural to feel sympathy for those whose home countries do not have the same advantages. However, most *decent, fair-minded Canadians aware of the exceptional nature of H&C relief* would not find it *simply unacceptable* that we exclude individuals who do not meet our legal requirements, even if such persons evoke our sympathy and would be better off here than in their home countries.

[109] With these thoughts in mind, I turn to the review of the Officer's decision in this case.

D. *The Reasonableness of the Officer's Decision*

[110] Mr. Kanthasamy submits, and my colleague agrees, that the Officer did not exercise her discretion reasonably in denying his H&C application. According to my colleague, the Officer erred in her overall approach by considering the relevant factors on a piecemeal basis and by treating the hardship test, identified in the Guidelines, as an all-inclusive "distinct legal test", thereby fettering her discretion (para. 45). Additionally, she takes issue with certain

la situation du demandeur inspire une grande sympathie au décideur, ce qui ne satisfait pas à la norme stricte dont le critère des difficultés commande l'application. Placer la barre aussi bas va à l'encontre de l'objectif du législateur et risque de faire du par. 25(1) un régime d'immigration parallèle ou un mécanisme d'appel mis à la disposition des demandeurs de bonne foi auxquels l'asile est refusé.

[108] Le critère selon lequel le refus de la dispense doit, dans les circonstances, être *simplement inacceptable* aux yeux d'un *Canadien honnête, ouvert d'esprit et conscient de la nature exceptionnelle de la dispense pour considérations d'ordre humanitaire* offre à la fois souplesse et rigueur. Le Canada est un pays où il fait bon vivre. C'est une démocratie prospère et ses habitants jouissent d'un niveau de vie élevé; son taux de criminalité violente est relativement bas et son filet de protection sociale est généreux. Naturellement, de nombreuses personnes souhaitent s'établir au Canada, et il est normal d'éprouver de la sympathie pour ceux dont le pays d'origine n'offre pas les mêmes avantages. Cependant, la plupart des *Canadiens honnêtes, ouverts d'esprit et conscients de la nature exceptionnelle de la dispense pour considérations d'ordre humanitaire* n'estimeraient pas qu'il est *simplement inacceptable* d'écarter les personnes qui ne satisfont pas aux exigences de nos lois, même lorsque ces personnes leur inspirent de la sympathie et qu'elles seraient mieux au Canada que dans leur pays d'origine.

[109] C'est en gardant cela présent à l'esprit que je me penche sur la décision de l'agente en l'espèce.

D. *Le caractère raisonnable de la décision de l'agente*

[110] M. Kanthasamy soutient, et ma collègue convient avec lui, que l'agente n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire de manière raisonnable en rejetant sa demande de dispense pour considérations d'ordre humanitaire. Selon ma collègue, l'approche globale de l'agente est erronée en ce que celle-ci a examiné les facteurs pertinents de manière compartimentée et a vu dans le critère des difficultés énoncé dans les Lignes directrices un « critère

aspects of the Officer's reasons, maintaining that the Officer failed to properly assess several points raised by Mr. Kanthasamy.

[111] With respect, I cannot agree. In my view, the Officer's decision falls within the range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law, and was therefore reasonable. Decision making under s. 25(1) is highly discretionary and is entitled to deference. Care must be taken not to overly dissect or parse an officer's reasons. Rather, reasonableness review entails respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 48; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at paras. 11-12).

[112] In particular, I am concerned that my colleague has not given the Officer's reasons the deference which, time and again, this Court has said they deserve. In her reasons, she parses the Officer's decision for legal errors, resolves ambiguities against the Officer, and reweighs the evidence. Lest we be accused of adopting a "do as we say, not what we do" approach to reasonableness review, this approach fails to heed the admonition in *Newfoundland and Labrador Nurses* — that reviewing courts must be cautious about substituting their own view of the proper outcome by designating certain omissions in the reasons to be fatal (para. 17). As is the case with every other court, this Court has no licence to find an officer's decision unreasonable simply because it considers the result unpalatable and would itself have come to a different result.

juridique distinct » qui se veut exhaustif, ce qui limite son pouvoir discrétionnaire (par. 45). En outre, elle dénonce certains aspects des motifs de l'agente et soutient que cette dernière a omis de soupeser correctement plusieurs points soulevés par M. Kanthasamy.

[111] Soit dit en tout respect, je ne peux être d'accord. À mon avis, la décision de l'agente appartient aux issues possibles et acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit et elle est de ce fait raisonnable. La décision rendue sur le fondement du par. 25(1) est hautement discrétionnaire et commande la déférence. Il faut se garder de trop décortiquer ou disséquer les motifs du décideur. La norme de la raisonabilité appelle plutôt une attention respectueuse aux motifs invoqués à l'appui de la décision ou à ceux qui pourraient l'être (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 48; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, par. 11-12).

[112] Plus particulièrement, je crains que ma collègue ne manifeste pas la déférence que commandent, selon maints arrêts de notre Cour, les motifs de l'agente. Elle décortique la décision afin d'y trouver des erreurs de droit, elle résout les ambiguïtés de manière défavorable à l'agente et elle soupèse de nouveau la preuve. Non seulement c'est s'exposer au risque de se voir reprocher de ne pas faire ce que nous préconisons lors d'un contrôle au regard de la norme de la raisonabilité, mais c'est aussi méconnaître la mise en garde de la Cour dans l'arrêt *Newfoundland and Labrador Nurses*, à savoir que le tribunal siégeant en révision doit se garder de substituer sa propre opinion à celle du décideur sur la décision qui s'impose en qualifiant de fatales certaines lacunes relevées dans les motifs (par. 17). Comme n'importe quel tribunal siégeant en révision, la Cour ne peut conclure au caractère déraisonnable de la décision contestée pour le seul motif que l'issue l'indispose et qu'elle serait arrivée, elle, à un autre résultat.

(1) The Officer Considered the Evidence as a Whole and Did Not Fetter Her Discretion

[113] As I have stated, to obtain H&C relief, an applicant bears the onus of demonstrating, having regard to all of the circumstances, that decent, fair-minded Canadians aware of the exceptional nature of H&C relief would find it simply unacceptable to deny the relief sought. In evaluating the application, the decision maker must not segment the evidence and require that each piece either rise above this threshold or be discounted entirely. Rather, the decision maker must fairly consider the totality of the circumstances and base the disposition on the evidence as a whole. Likewise, the decision maker must not fetter his or her discretion by applying the Guidelines — the “unusual and undeserved or disproportionate hardship” framework — as a strict legal test to the exclusion of all other factors. In my view, the Officer’s decision does not fall down on either basis.

[114] It is true that the Officer’s reasons address each of Mr. Kanthasamy’s submissions separately, and discuss the level of hardship associated with each factor. This is not an example of improper segmentation, however, but rather an uncontroversial method of legal analysis. In fact, had the Officer *failed* to discuss each factor individually, and instead simply listed the facts and stated her conclusion on the evidence as a whole, this appeal might well have been before us on the basis of insufficient reasons.

[115] The issue, therefore, is not whether the Officer analyzed the factors individually, but whether in doing so she failed to step back and consider the evidence as a whole. I find no such error in the Officer’s reasons. She stated that she “reviewed and considered the grounds” raised by Mr. Kanthasamy, and “considered all information and evidence regarding this application in its entirety”. In the July addendum, she listed seven additional pieces of evidence

(1) L’agente a examiné la preuve dans son ensemble et n’a pas limité son pouvoir discrétionnaire

[113] Rappelons que, pour obtenir une dispense pour considérations d’ordre humanitaire, le demandeur doit démontrer que, compte tenu de toutes les circonstances, un Canadien honnête, ouvert d’esprit et conscient de la nature exceptionnelle de la dispense pour considérations d’ordre humanitaire estimerait qu’il est simplement inacceptable de ne pas faire droit à la demande. Lorsqu’il examine la demande, le décideur ne doit pas fragmenter la preuve et exiger que chacun de ses éléments satisfasse à ce critère sous peine d’être totalement écarté. Il doit plutôt bien apprécier la totalité des circonstances et appuyer sa décision sur la preuve dans son ensemble. De même, il ne doit pas limiter son pouvoir discrétionnaire en appliquant les Lignes directrices — et leur critère des « difficultés inhabituelles et injustifiées ou démesurées » — comme s’il s’agissait d’un critère juridique strict, à l’exclusion de tous les autres facteurs. À mon avis, la décision de l’agente ne saurait être écartée suivant l’une ou l’autre de ces bases.

[114] Certes, dans ses motifs, l’agente aborde séparément chacun des éléments invoqués par M. Kanthasamy et elle attribue un degré de difficulté à chacun. Il ne s’agit pas d’un cloisonnement inapproprié, mais bien d’un mode d’analyse juridique valable. En fait, si l’agente avait *omis* d’examiner individuellement chacun des facteurs et avait seulement énuméré les faits, puis tiré sa conclusion au vu de l’ensemble de la preuve, le pourvoi aurait fort bien pu prendre appui sur l’insuffisance des motifs.

[115] La question n’est donc pas celle de savoir si l’agente a analysé les facteurs de façon individuelle, mais bien si, ce faisant, elle a omis de prendre du recul et d’examiner la preuve dans son ensemble. Je ne relève aucune erreur de cette nature dans ses motifs. Elle dit avoir [TRADUCTION] « examiné et pris en compte les motifs » invoqués par M. Kanthasamy et s’être « penchée sur l’ensemble des renseignements et des éléments de preuve se

received from Mr. Kanthasamy, and stated that she “reviewed all of the evidence mentioned [therein] in conjunction with the evidence [she] previously reviewed”. It is apparent that the Officer gave careful consideration to the full record in reaching her determination.

[116] Moreover, the Officer’s use of the “unusual and undeserved or disproportionate hardship” standard to guide her analysis was entirely appropriate. As I have stated above, while the Guidelines do not establish the applicable test, the hardship analysis is neither irrelevant nor inappropriate. The degree of hardship demonstrated by the applicant is highly probative. In many cases, a hardship analysis may be dispositive. The decision maker must simply avoid applying the standard from the Guidelines in a way that fetters his or her discretion or causes relevant evidence to be improperly discounted.

[117] In my view, the Officer gave full and fair consideration to each of the factors supporting Mr. Kanthasamy’s application. On the issue of personalized risk, she recognized the conflicting evidence of present-day conditions in Sri Lanka, and accepted that challenges remained. She found that while some Tamils were singled out by the government, this attention was primarily focused on suspected LTTE supporters. She concluded that there was insufficient evidence that Mr. Kanthasamy would personally be discriminated against.

[118] On the issue of establishment, the Officer accepted the evidence of Mr. Kanthasamy’s relationships with friends and relatives in Canada, his integration into his school and religious communities, and his employment. She found that his degree of establishment was “commendable”, and recognized that removal to Sri Lanka would involve some hardship. However, she concluded that his establishment in Canada — for approximately two years, and all while under a removal order — was no more than would be expected under the circumstances

rapportant à la demande dans sa totalité ». Dans l’addenda de juillet, elle énumère sept autres éléments de preuve produits par M. Kanthasamy et elle dit « les avoir tous examinés de pair avec ceux déjà considérés ». Il est évident que l’agente a examiné attentivement l’ensemble du dossier avant de rendre sa décision.

[116] Qui plus est, il convenait tout à fait que l’agente s’en remette à la norme des « difficultés inhabituelles et injustifiées ou démesurées » dans son analyse. Rappelons que même si les Lignes directrices n’établissent pas le critère applicable, l’examen des difficultés demeure pertinent et approprié. L’ampleur des difficultés établie par le demandeur a une grande force probante. Dans de nombreux cas, cet examen peut être décisif. Le décideur doit seulement s’abstenir d’appliquer la norme issue des Lignes directrices de manière à limiter son pouvoir discrétionnaire ou à écarter indûment des éléments de preuve pertinents.

[117] À mon avis, l’agente s’est livrée comme il se doit à un examen complet de chacun des facteurs invoqués à l’appui de la demande. En ce qui concerne le risque personnel de M. Kanthasamy, elle reconnaît le caractère contradictoire de la preuve offerte concernant la situation actuelle au Sri Lanka et admet que certains problèmes subsistent. Selon elle, certains Tamouls sont pris pour cibles par le gouvernement, mais il s’agit surtout de personnes soupçonnées d’être des sympathisants des TLET. Elle arrive à la conclusion que la preuve n’établit pas que M. Kanthasamy serait personnellement victime de discrimination.

[118] En ce qui concerne l’établissement de M. Kanthasamy, l’agente accepte la preuve de ses liens avec ses amis et ses proches au Canada, celle de son intégration à l’école et au sein de communautés religieuses, ainsi que celle relative à son emploi. Elle conclut que son degré d’établissement est [TRADUCTION] « louable » et reconnaît que son renvoi au Sri Lanka entraînerait des difficultés. Cependant, elle affirme que l’établissement du demandeur au Canada — d’une durée d’environ deux ans et qui coïncide avec l’application d’une mesure de renvoi

and was not so compelling that it justified an H&C exemption.

[119] On the psychological evidence, the Officer expressed concern that the psychologist's conclusions relied heavily on Mr. Kanthasamy's own observations and explanations, which were not otherwise in the record. While the Officer ultimately accepted the medical diagnoses, she found that there was no evidence that mental health treatment would be unavailable in Sri Lanka, and therefore the psychological evidence did not establish hardship warranting H&C relief.

[120] On "the best interests of the child", the Officer concluded that it was in Mr. Kanthasamy's best interests to return to his immediate family in Sri Lanka. His relationships with friends and family in Canada might be weakened, but they could nonetheless be maintained even after his removal.

[121] Taken as a whole, the Officer's decision denying Mr. Kanthasamy's H&C application is transparent. She provided intelligible reasons for concluding that he did not meet his onus of establishing, on balance, that he should be permitted to apply for permanent residency from within Canada for H&C reasons. She did not use the hardship framework in a way that fettered her discretion or caused her to discount relevant evidence. Her conclusions are reasonable, and well-supported by the record before her.

[122] At bottom, it was open to the Officer to find that the record did not justify relief under s. 25(1). While aspects of Mr. Kanthasamy's situation warrant sympathy, sympathetic circumstances alone do not meet the threshold required to obtain relief. I find no error in the Officer's approach requiring this Court's intervention.

— correspond, sans plus, à ce à quoi on se serait attendu dans les circonstances et n'est pas pressant au point de justifier une dispense pour considérations d'ordre humanitaire.

[119] En ce qui a trait à la preuve d'ordre psychologique, l'agente fait valoir que les conclusions de la psychologue se fondent en grande partie sur les observations et les explications de M. Kanthasamy, lesquelles ne figurent pas ailleurs au dossier. Elle prend néanmoins acte du diagnostic, mais conclut qu'il n'est nullement établi qu'il serait impossible d'obtenir des soins de santé mentale au Sri Lanka, de sorte que le rapport d'évaluation psychologique ne prouve pas l'existence éventuelle de difficultés qui justifieraient une dispense pour considérations d'ordre humanitaire.

[120] Pour ce qui est de « l'intérêt supérieur de l'enfant », l'agente estime qu'il est dans l'intérêt supérieur de M. Kanthasamy de rejoindre sa famille immédiate au Sri Lanka. Les liens de M. Kanthasamy avec ses amis et ses proches au Canada pourraient peut-être en souffrir, mais ils pourraient tout de même être conservés après le renvoi.

[121] Dans l'ensemble, la décision de l'agente de refuser à M. Kanthasamy une dispense pour considérations d'ordre humanitaire est transparente. Elle renferme des motifs intelligibles à l'appui de la conclusion selon laquelle il n'est pas établi, selon la prépondérance des probabilités, qu'il convient d'accorder, pour des considérations d'ordre humanitaire, une dispense permettant à l'intéressé de présenter au Canada une demande de résidence permanente. L'agente n'a pas recouru au critère des difficultés de manière à limiter son pouvoir discrétionnaire ou à écarter des éléments de preuve pertinents. Ses conclusions sont raisonnables et bien étayées par le dossier dont elle disposait.

[122] Au fond, il était loisible à l'agente de conclure que le dossier ne justifie pas une dispense suivant le par. 25(1). Certains aspects de la situation de M. Kanthasamy inspirent de la sympathie, mais cela ne suffit pas à justifier la dispense. Je ne relève dans la démarche de l'agente aucune erreur nécessitant l'intervention de notre Cour.

(2) The Officer’s Analysis of the Psychological Evidence, the Risk of Discrimination, and the Best Interests of the Child

[123] Mr. Kanthasamy alleges that the Officer failed to properly assess the psychological evidence, the issue of discrimination, and his best interests as a child. With respect, I disagree. As I have already indicated, decision making under s. 25(1) is entitled to deference, and in line with that approach, Mr. Kanthasamy’s arguments do not justify setting aside the Officer’s decision.

(a) *The Psychological Evidence*

[124] Mr. Kanthasamy submits that the Officer failed to adequately consider the impact of removal on his mental health. By focusing exclusively on the availability of treatment in Sri Lanka, she discounted the evidence that his return to Sri Lanka would harm his mental health. Mr. Kanthasamy asserts that her failure to consider this aspect of the evidence rendered her decision unreasonable.

[125] I would not give effect to this submission. While I agree that the Officer’s reasons could have more fully engaged with the psychological evidence, and that it would have been helpful had she specifically addressed the issue of the impact of removal on Mr. Kanthasamy’s mental health, her failure to do so does not render her decision unreasonable.

[126] The Officer rejected the premise underlying the psychologist’s opinion on the harm of deportation, and was therefore entitled to reject the opinion itself. The psychologist concluded that “[w]ith what seems to be a realistic and imminent threat to his safety, it is most likely that [Mr. Kanthasamy’s] condition will further deteriorate psychologically if he was to be deported from Canada” (emphasis added). The phrasing of this opinion reveals that the ultimate conclusion — that Mr. Kanthasamy’s mental health would deteriorate upon his return to Sri Lanka — is premised on the assumption that removal poses a “realistic and imminent threat to his safety”.

(2) Examen par l’agente du rapport d’évaluation psychologique, du risque de discrimination et de l’intérêt supérieur de l’enfant

[123] M. Kanthasamy soutient que l’agente n’a pas bien apprécié la preuve d’ordre psychologique, la question de la discrimination et son intérêt supérieur en tant qu’enfant. Je ne suis malheureusement pas d’accord avec lui. Comme je l’ai déjà mentionné, la décision rendue sur le fondement du par. 25(1) commande la déférence et, conformément à ce principe, les arguments de M. Kanthasamy ne justifient pas l’annulation de la décision de l’agente.

a) *Preuve d’ordre psychologique*

[124] M. Kanthasamy soutient que l’agente n’a pas suffisamment tenu compte des répercussions du renvoi sur sa santé mentale. En ne s’attachant qu’à l’existence de soins, elle méconnaît la preuve selon laquelle le renvoi du demandeur au Sri Lanka nuirait à sa santé mentale. Selon M. Kanthasamy, la méconnaissance de cet élément de preuve rend la décision déraisonnable.

[125] Je ne ferais pas droit à cet argument. Je conviens que l’agente aurait pu soupeser davantage la preuve d’ordre psychologique dans ses motifs et qu’il aurait été utile qu’elle se penche expressément sur les répercussions du renvoi de M. Kanthasamy sur sa santé mentale, mais l’omission de le faire ne rend pas la décision déraisonnable.

[126] L’agente rejette la prémisse de l’opinion de la psychologue sur le préjudice causé par l’expulsion, de sorte qu’elle peut écarter l’opinion comme telle. Selon la psychologue, [TRADUCTION] « [v]u que M. Kanthasamy paraît exposé à une menace réaliste et imminente à sa sécurité, [son] état psychologique continuera vraisemblablement de se détériorer s’il est renvoyé du Canada » (je souligne). La formulation employée révèle que la conclusion finale, à savoir que la santé mentale de M. Kanthasamy se détériorerait après son retour au Sri Lanka, prend appui sur le postulat voulant que le renvoi constitue une « menace réaliste et imminente à sa sécurité ».

[127] The Officer rejected this underlying assumption. She found that removal would not pose a serious risk to Mr. Kanthasamy's safety. There was sufficient evidence in the record on conditions in Sri Lanka to support this conclusion. Though she did not say so expressly, by logical implication, it was on this basis that she rejected the psychologist's opinion as to the impact of removal on Mr. Kanthasamy's mental health. Immigration officers must be allowed to evaluate an expert's assumptions in the context of the other evidence. If a report rests on an assumption that is contradicted by other evidence, decision makers must be entitled to reject or give little weight to that report's conclusions.

[128] It bears repeating that reasonableness review requires this Court to give respectful attention to the reasons which, though not stated, could have been offered in support of a decision. This point is emphatically made in *Newfoundland and Labrador Nurses*, where the Court stressed that "even if the reasons in fact given do not seem wholly adequate to support the decision, the court must first seek to supplement them before it seeks to subvert them" (para. 12, quoting D. Dyzenhaus, "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 304). The fact that the Officer did not explicitly set out this aspect of her reasoning does not render her decision unreasonable.

[129] My colleague takes issue with the Officer's comment that Mr. Kanthasamy provided insufficient evidence that he had received or was receiving treatment in Canada for his psychological condition. She says that once the Officer accepted the diagnosis, "requiring further evidence of the availability of treatment, either in Canada or in Sri Lanka, undermined the diagnosis and had the problematic effect of making it a conditional rather than a significant factor" (para. 47).

[130] With respect, I disagree. There was no evidence before the Officer that Mr. Kanthasamy ever sought treatment in Canada. The Officer's

[127] Or, l'agente rejette ce postulat. Elle conclut que le renvoi ne présente pas un risque sérieux pour la sécurité de M. Kanthasamy. Le dossier comporte suffisamment d'éléments de preuve sur la situation au Sri Lanka pour étayer cette conclusion. L'agente ne le dit pas expressément mais, par déduction logique, c'est pour cette raison qu'elle écarte l'opinion de la psychologue sur les répercussions du renvoi sur la santé mentale de M. Kanthasamy. L'agent d'immigration doit pouvoir apprécier les postulats de l'expert à la lumière des autres éléments de preuve. Le décideur doit pouvoir rejeter un rapport qui repose sur un postulat que contredisent d'autres éléments de preuve, ou lui accorder peu de poids.

[128] Il convient de rappeler que la norme de la raisonnabilité commande une attention respectueuse aux motifs qui ne sont pas invoqués à l'appui de la décision, mais qui auraient pu l'être. Dans l'arrêt *Newfoundland and Labrador Nurses*, notre Cour le souligne à grands traits et précise que, « même si les motifs qui ont en fait été donnés ne semblent pas tout à fait convenables pour étayer la décision, la cour de justice doit d'abord chercher à [. . .] compléter [les motifs donnés] avant de tenter de les contrecarrer » (par. 12, citant D. Dyzenhaus, « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 304). L'omission de l'agente de faire expressément mention de ce volet de son raisonnement ne rend pas sa décision déraisonnable.

[129] Ma collègue déplore la remarque de l'agente selon laquelle M. Kanthasamy n'a pas offert une preuve suffisante de ce qu'il avait reçu ou recevait des soins au Canada pour ses problèmes psychologiques. Elle dit qu'une fois le diagnostic admis par l'agente, « exiger en sus la preuve de l'existence de soins au Canada ou au Sri Lanka met à mal le diagnostic et a l'effet discutable d'en faire un facteur conditionnel plutôt qu'important » (par. 47).

[130] Malgré tout le respect dû à ma collègue, je ne suis pas d'accord. La preuve dont l'agente était saisie n'indique pas que M. Kanthasamy a, ne

comments on this point do not amount to questioning the diagnosis. Instead, they support her conclusion that removal from Canada would not meet the hardship test since no *existing* course of treatment would be interrupted. I fail to see how losing access to a service which Mr. Kanthasamy never attempted to access can be viewed as a hardship. This is especially so given the Officer's further finding that he could receive treatment in Sri Lanka.

[131] In my view, there are two ways in which Mr. Kanthasamy's mental health could give rise to hardship: either because returning him to Sri Lanka would aggravate his condition, or because it would affect his treatment, by interrupting an existing course of treatment or by precluding access to treatment altogether. The Officer, on the basis of the record before her, found that neither situation existed. In this context, asking for evidence regarding treatment did not improperly change the diagnosis from a "significant" to a "conditional" factor. The significance of the diagnosis always depended on the hardship that removal would cause.

(b) *Personalized Risk of Discrimination*

[132] Mr. Kanthasamy submits that the Officer's approach to the issue of discrimination was flawed. After noting the effect of s. 25(1.3), the Officer stated that "the onus remains on the applicant to demonstrate that these country conditions would affect him personally". Mr. Kanthasamy asserts that it was a legal error for the Officer to require evidence that he would be personally targeted by discriminatory action. Rather, he submits that she should have considered more generally whether his profile as a young Tamil male from northern Sri Lanka would subject him to a risk of discriminatory mistreatment.

[133] While the Officer's reasons could perhaps have been more clearly articulated, I do not share the view that her approach to the issue of discrimination was unreasonable, nor that it rendered her

serait-ce qu'une fois, tenté d'obtenir des soins au pays. Les remarques de l'agente sur ce point n'équivalent pas à une remise en question du diagnostic, mais étayaient en fait sa conclusion voulant que les conséquences du renvoi du Canada ne satisfont pas au critère des difficultés puisque nul traitement *en cours* ne serait interrompu. Je ne vois pas en quoi perdre l'accès à un service dont M. Kanthasamy n'a jamais tenté de se prévaloir pourrait être considéré comme une difficulté. Cela est d'autant plus vrai que l'agente estime par ailleurs que le demandeur pourrait être traité au Sri Lanka.

[131] J'estime que l'état de santé mentale de M. Kanthasamy pouvait donner lieu à des difficultés de deux manières : soit son renvoi au Sri Lanka aggravait son état, soit il nuisait à l'amélioration de son état par l'interruption d'un traitement en cours ou par l'impossibilité d'obtenir tout traitement. À partir du dossier dont elle disposait, l'agente a conclu qu'aucune de ces situations n'était présente. Dès lors, exiger une preuve de traitement n'a pas fait indûment d'un facteur « important » un facteur « conditionnel ». Le poids du diagnostic dépend toujours des difficultés qu'occasionnerait le renvoi.

b) *Risque personnel d'être victime de discrimination*

[132] M. Kanthasamy soutient que la démarche de l'agente au chapitre de la discrimination est erronée. Après avoir signalé l'effet du par. 25(1.3), l'agente affirme que [TRADUCTION] « le demandeur demeure tenu de démontrer que la situation dans son pays le toucherait personnellement ». M. Kanthasamy prétend que l'agente a commis une erreur de droit en exigeant la preuve qu'il serait personnellement visé par des actes discriminatoires. Il soutient qu'elle aurait dû se demander, de façon générale, si son profil, en tant que jeune homme tamoul du nord du Sri Lanka, l'exposait à un risque de traitement discriminatoire.

[133] Les motifs de l'agente auraient peut-être pu être mieux formulés, mais je ne crois pas que son approche de la discrimination est déraisonnable ou qu'elle rend sa décision déraisonnable. En ce

decision unreasonable. With respect to the effect of s. 25(1.3), the Officer's approach is consistent with that set out by Stratas J.A., which I have endorsed. The Officer's statement that she had "not considered the applicant's risk" in the context of the refugee and PRRA factors must not be overly parsed or dissected. She engaged with the evidence relating to the treatment of Tamil males in northern Sri Lanka and analyzed it through the lens of the criteria for granting H&C relief. This approach was reasonable and did not lead her to disregard any relevant evidence.

[134] On the issue of personalized risk of discrimination, I agree with my colleague that an applicant need not produce direct evidence showing that discrimination against the applicant himself or herself had occurred or would necessarily occur. Whether in the context of an H&C application, the PRRA process or a refugee claim, certainties are rare. The applicant need only show that the denial of relief would pose a certain risk of harm.

[135] However, that risk must necessarily be a "personalized risk", in the sense that the applicant must fall within the category of people who, on the evidence submitted, would face that risk. For example, in order to establish the harm of removal to a country where discrimination against a certain ethnic minority was alleged, the applicant would need to establish *not only* that this discrimination was ongoing and sufficiently severe, *but also* that he or she was a member (or would be perceived to be a member) of the group facing discrimination.

[136] The Officer accepted that the conditions in Sri Lanka posed some risk of discrimination to certain subsets of the Tamil population, but concluded that government harassment and surveillance was focused on those suspected of being LTTE supporters. The Officer impliedly concluded that Mr. Kanthasamy was not suspected of being an LTTE supporter. She also noted that the government had attempted to improve the situation for Tamils. As

qui concerne l'effet du par. 25(1.3), sa démarche est conforme à celle préconisée par le juge Stratas et à laquelle je souscris. En effet, il ne faut pas trop décortiquer ou disséquer l'énoncé de l'agente selon lequel elle n'a [TRADUCTION] « pas tenu compte du risque auquel est exposé le demandeur » pour les besoins de la demande d'asile et de l'ERAR. Elle analyse la preuve du traitement réservé aux hommes tamouls dans le nord du Sri Lanka en fonction du critère qui régit l'octroi d'une dispense pour considérations d'ordre humanitaire, une démarche qui est raisonnable et qui ne l'amène pas à écarter des éléments de preuve pertinents.

[134] En ce qui concerne le risque personnel d'être victime de discrimination, je conviens avec ma collègue qu'un demandeur n'a pas à produire la preuve directe qu'il a été victime de discrimination ou qu'il le serait nécessairement. Que l'on soit appelé à se prononcer sur une demande de dispense pour considérations d'ordre humanitaire, d'ERAR ou d'asile, les certitudes sont rares. Le demandeur doit seulement démontrer que le refus de la dispense l'exposerait à un certain risque de préjudice.

[135] Or, le risque doit nécessairement être « personnel », c'est-à-dire que le demandeur doit appartenir à la catégorie des personnes qui, au vu de la preuve présentée, seraient exposées à un tel risque. Par exemple, pour établir qu'il subirait un préjudice s'il était renvoyé dans un pays où, allègue-t-on, une certaine minorité ethnique est victime de discrimination, le demandeur devrait établir *non seulement* que la minorité ethnique fait toujours l'objet de mesures discriminatoires suffisamment graves, *mais aussi* qu'il fait partie (ou qu'il serait perçu comme faisant partie) de ce groupe exposé à la discrimination.

[136] L'agente reconnaît que la situation au Sri Lanka expose à un risque de discrimination certaines composantes de la population tamoule, mais elle conclut que le gouvernement harcèle et surveille essentiellement ceux qu'il soupçonne d'être des sympathisants des TLET. Elle conclut tacitement que M. Kanthasamy n'est pas soupçonné de sympathiser avec les TLET. Elle fait aussi remarquer que le gouvernement a tenté d'améliorer la

a result, she found there was insufficient evidence that he would be personally targeted or personally discriminated against. This conclusion was open to her on the record. Though, as my colleague notes, the Officer was permitted to draw inferences from the experiences of other Tamils in order to find a personalized risk of discrimination, the record did not require that she draw that inference here.

[137] I note that on this point, the Officer’s conclusion largely mirrors the finding made on Mr. Kanthasamy’s refugee claim, which he enclosed with his H&C submissions. In that decision, while the Immigration and Refugee Board accepted Mr. Kanthasamy’s description of the two incidents of arrest and detention, it noted that “[t]here were no conditions placed on the claimant before he was released by the army or the police after they had questioned him”, and concluded that “[neither] the police [nor] the army would have released the claimant in the manner described” had they suspected Mr. Kanthasamy of LTTE support or sympathy. The refugee claim was rejected because “on a balance of probabilities . . . [Mr. Kanthasamy’s] profile is not one that would particularly attract any undue attention or reprisal . . . if he returns to his family in Sri Lanka”.

[138] In reaching a similar conclusion in evaluating his H&C application, the Officer arrived at a reasonable result that was supported by the record. Reviewing judges ought not to parse a decision maker’s word choices in “a line-by-line treasure hunt for error” (*Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458, at para. 54). The Officer’s reasons must be viewed in the context of the record as a whole, including Mr. Kanthasamy’s submissions. Before the Officer, Mr. Kanthasamy submitted that he “has been personally affected by discrimination . . . and will continue to be so affected” (emphasis added). When viewed in context,

situation des Tamouls. Par conséquent, elle estime que la preuve n’établit pas que le demandeur serait personnellement pris pour cible ou victime de discrimination. Cette conclusion pouvait être tirée au vu du dossier. Même si, comme le relève ma collègue, l’agente pouvait tirer des inférences des expériences vécues par d’autres Tamouls pour arriver à la conclusion que le demandeur était personnellement exposé à un risque de discrimination, le dossier ne l’obligeait pas à tirer pareille inférence en l’espèce.

[137] Signalons que, sur ce point, la conclusion de l’agente s’apparente beaucoup à celle tirée dans la décision sur la demande d’asile, que M. Kanthasamy a joint à sa demande de dispense pour considérations d’ordre humanitaire. Dans la décision sur la demande d’asile, même si la Commission de l’immigration et du statut de réfugié retient les deux épisodes d’arrestation et de détention relatés par M. Kanthasamy, elle remarque que [TRADUCTION] « ni l’armée ni la police n’ont imposé de conditions au demandeur avant de le libérer une fois l’interrogatoire terminé » et conclut que « ni la police ni l’armée n’auraient libéré le demandeur de la manière relatée » si elles l’avaient soupçonné de soutenir les TLET ou de sympathiser avec eux. La demande d’asile est rejetée, car « selon la prépondérance des probabilités [. . .], [M. Kanthasamy] n’a pas un profil de nature à lui attirer particulièrement une attention indue ou des représailles [. . .] s’il retourne dans sa famille au Sri Lanka ».

[138] Lorsqu’elle tire une conclusion similaire dans sa décision sur la demande de dispense pour considérations d’ordre humanitaire, l’agente arrive à un résultat raisonnable qu’étaye le dossier. Le juge siégeant en révision doit s’abstenir de décortiquer le libellé employé par le décideur et de se livrer à « une chasse au trésor, phrase par phrase, à la recherche d’une erreur » (*Syndicat canadien des communications, de l’énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458, par. 54). Les motifs de l’agente doivent être considérés au vu du dossier dans son ensemble, y compris les allégations de M. Kanthasamy. Devant l’agente, ce dernier a

the Officer's conclusion that Mr. Kanthasamy had "failed to provide sufficient evidence to support his statements that he will be personally discriminated against" simply reiterated the wording of his submissions. The Officer's word choice is not determinative. It is her reasoning that counts. I find nothing in her analysis on the issue of discrimination that warrants this Court's intervention.

(c) *Mr. Kanthasamy's Best Interests as a Child*

[139] Mr. Kanthasamy submits that the Officer's analysis of his best interests as a child was superficial and that she failed to give adequate weight to his status as a child.

[140] Again, I accept that the Officer's reasons could have been more expansive on this point. However, in my view, both her analysis and conclusion on Mr. Kanthasamy's best interests as a child were reasonable.

[141] In the context of Mr. Kanthasamy's application, it was highly relevant that he was one day away from turning 18 when he initially applied for H&C relief. Mr. Kanthasamy was not a young child, born in Canada, facing the prospect of his parents' deportation and being left here without support. He was a teenager on the verge of adulthood. Removal would reunite him with his parents and siblings in Sri Lanka.

[142] The Officer considered factors unique to Mr. Kanthasamy's status as a child, including friendships forged during his teenage years in Canada and his efforts at completing high school. She found that removal to Sri Lanka would not necessarily bring an end to these friendships. She was also unpersuaded that he "would be unable to attend school . . . upon his return to Sri Lanka". In the totality of his

fait valoir qu'il [TRADUCTION] « avait été personnellement touché par la discrimination [. . .] et qu'il continuera[it] de l'être » (je souligne). Considérée dans son contexte, la conclusion de l'agente selon laquelle M. Kanthasamy n'a [TRADUCTION] « pas fourni suffisamment d'éléments de preuve pour étayer son allégation selon laquelle il sera personnellement victime de discrimination » reprend simplement les termes employés par le demandeur. Les mots choisis par l'agente ne sont pas déterminants. C'est son raisonnement qui compte. Selon moi, aucun élément de son analyse relative à la discrimination ne justifie l'intervention de notre Cour.

c) *Intérêt supérieur de M. Kanthasamy en tant qu'enfant*

[139] M. Kanthasamy soutient que l'agente se livre à une analyse superficielle de son intérêt supérieur en tant qu'enfant et qu'elle n'accorde pas l'importance voulue à sa qualité d'enfant.

[140] Encore une fois, j'admets que les motifs de l'agente auraient gagné à être plus détaillés sur ce point. Cependant, tant son analyse de l'intérêt supérieur de M. Kanthasamy en tant qu'enfant que sa conclusion à ce sujet sont selon moi raisonnables.

[141] En ce qui concerne la demande de M. Kanthasamy, le fait que ce dernier a demandé la dispense pour considérations d'ordre humanitaire seulement un jour avant d'avoir 18 ans est très pertinent. Il ne s'agissait pas d'un jeune enfant né au Canada qui risquait de voir ses parents expulsés alors qu'il serait demeuré ici sans soutien. C'était un adolescent sur le point d'atteindre l'âge adulte. Son renvoi l'aurait rendu à ses parents et à ses sœurs au Sri Lanka.

[142] L'agente tient compte des facteurs propres à la qualité d'enfant de M. Kanthasamy, y compris les amitiés qu'il a nouées durant son adolescence au Canada et les efforts qu'il a consentis pour terminer son secondaire. Selon elle, le renvoi au Sri Lanka ne mettrait pas nécessairement fin à ces amitiés. Elle n'est pas non plus convaincue qu'il « ne pourrait fréquenter l'école [. . .] à son retour au Sri

circumstances, she concluded that it was in Mr. Kanthasamy's best interests as a child to return to the support and care of his immediate family in Sri Lanka.

[143] On the record before her, it was open to the Officer to conclude that removal to Sri Lanka would not impair Mr. Kanthasamy's best interests, because he would be returning to his immediate family rather than being separated from them. The Officer was obliged to be "alert, alive and sensitive" to the best interests of the child factor (*Baker*, at para. 75). In my view, her reasons demonstrate that she was, and I see no basis to disturb her findings on this issue.

V. Conclusion

[144] As I have explained, the test for granting relief under s. 25(1) is not the "unusual and undeserved or disproportionate hardship" test set out in the Guidelines. Nonetheless, the Guidelines remain relevant. They can continue to serve their original purpose — describing the majority of situations appropriate for relief — and can be applied in a way that does not fetter the discretion of immigration officers.

[145] The Officer here used the hardship framework to guide her analysis. Had she applied the test that I have outlined — whether, having regard to all of the circumstances, decent, fair-minded Canadians aware of the exceptional nature of H&C relief would find it simply unacceptable to deny the relief sought — she would inevitably have reached the same conclusion.

[146] The Officer's decision to deny an exemption to Mr. Kanthasamy was reasonable. Although she separately analyzed each factor raised in support of his application, she did not improperly discount the cumulative weight of each factor. Rather, after analyzing each piece of evidence in detail, she reached a conclusion which was grounded in

Lanka ». Compte tenu de l'ensemble des circonstances, elle conclut qu'il est dans l'intérêt supérieur de M. Kanthasamy en tant qu'enfant de retourner au Sri Lanka, où il pourra compter sur l'aide et le soutien des membres de sa famille immédiate.

[143] Au vu du dossier dont elle disposait, l'agente avait tout loisir de conclure que le renvoi de M. Kanthasamy au Sri Lanka ne compromettrait pas son intérêt supérieur, car il retournerait dans sa famille immédiate au lieu d'en être séparé. L'agente devait être « récepti[ve], attenti[ve] et sensible » à l'intérêt supérieur de l'enfant (*Baker*, par. 75). À mon sens, ses motifs montrent qu'elle l'a été et je ne vois aucune raison de revenir sur ses conclusions sur ce point.

V. Conclusion

[144] Rappelons que le critère applicable à la dispense visée au par. 25(1) de la *LIPR* n'est pas celui des « difficultés inhabituelles et injustifiées ou démesurées » issu des Lignes directrices. Cependant, les Lignes directrices demeurent pertinentes. Elles peuvent continuer de s'appliquer en fonction de leur objectif de départ, à savoir circonscrire la plupart des situations où il convient d'accorder une dispense, et ce, d'une façon qui ne limite pas le pouvoir discrétionnaire de l'agent d'immigration.

[145] En l'espèce, l'agente applique le critère des difficultés pour orienter son analyse. Si elle avait utilisé le critère que je propose — compte tenu de toutes les circonstances, un Canadien honnête, ouvert d'esprit et conscient de la nature exceptionnelle de la dispense pour considérations d'ordre humanitaire, estimerait-il qu'il est simplement inacceptable de ne pas faire droit à la demande —, elle serait malgré tout arrivée à la même conclusion.

[146] La décision de l'agente de refuser la dispense à M. Kanthasamy est raisonnable. Même si elle analyse isolément chacun des facteurs invoqués à l'appui de la demande, l'agente ne fait pas indûment abstraction de leur poids cumulatif. Au contraire, après avoir examiné attentivement chacun des éléments de preuve, elle tire une conclusion qui

Mr. Kanthasamy's circumstances as a whole. Although she applied the hardship standard from the Guidelines, she did not do so in a way that fettered her discretion. Accordingly, I would dismiss Mr. Kanthasamy's appeal, and affirm the Officer's decision to deny his H&C application.

Appeal allowed with costs, MOLDAVER and WAGNER JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Jackman, Nazami & Associates, Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Council for Refugees: Neighbourhood Legal Services, Toronto; Ottawa Community Legal Services, Ottawa.

Solicitor for the intervener Justice for Children and Youth: Justice for Children and Youth, Toronto.

Solicitors for the interveners the Barbra Schlifer Commemorative Clinic and the Canadian Centre for Victims of Torture: Refugee Law Office, Toronto; Ottawa Community Legal Services, Ottawa; Barbra Schlifer Commemorative Clinic, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Refugee Lawyers: University of Toronto, Toronto; Refugee Law Office, Toronto.

Solicitors for the intervener Parkdale Community Legal Services: Poulton Law Office, Toronto; Parkdale Community Legal Services, Toronto.

se fonde sur la situation de M. Kanthasamy dans son ensemble. Elle applique le critère des difficultés prévu par les Lignes directrices, mais elle le fait sans limiter son pouvoir discrétionnaire. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la décision de l'agente de refuser la dispense pour considérations d'ordre humanitaire.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges MOLDAVER et WAGNER sont dissidents.

Procureurs de l'appelant : Jackman, Nazami & Associates, Toronto.

Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés : Neighbourhood Legal Services, Toronto; Services juridiques communautaires d'Ottawa, Ottawa.

Procureur de l'intervenante Justice for Children and Youth : Justice for Children and Youth, Toronto.

Procureurs des intervenants Barbra Schlifer Commemorative Clinic et Canadian Centre for Victims of Torture : Refugee Law Office, Toronto; Services juridiques communautaires d'Ottawa, Ottawa; Barbra Schlifer Commemorative Clinic, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés : Université de Toronto, Toronto; Refugee Law Office, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Parkdale Community Legal Services : Poulton Law Office, Toronto; Parkdale Community Legal Services, Toronto.

M.M. *Appellant*

v.

**Minister of Justice Canada on behalf of the
United States of America** *Respondent*

and

**Criminal Lawyers' Association (Ontario) and
British Columbia Civil Liberties
Association** *Intervenors*

**INDEXED AS: M.M. v. UNITED STATES OF AMERICA
2015 SCC 62**

File No.: 35838.

2015: March 17; 2015: December 11.

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

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

Extradition — Committal hearings — Evidence — Role of extradition judge — Test for committal — Principle of double criminality — Mother of three children facing child abduction charges in U.S. — Whether extradition judge applied correct principles in relation to double criminality and to own role in assessing reliability and sufficiency of evidence — Whether extradition judge should consider evidence about possible defences and other exculpatory circumstances in deciding whether to commit for extradition — Whether evidence justified mother's committal — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, ss. 3(1), 29(1)(a).

Extradition — Surrender order — Judicial review — Extradition Act providing that Minister of Justice shall refuse to order surrender if unjust or oppressive having regard to all relevant circumstances — Minister ordering mother's surrender for extradition to U.S. to face child abduction charges — Whether Minister gave appropriate consideration to defence of necessity available under Canadian law but not available under law of requesting state — Whether Minister gave appropriate consideration to effect of extradition on best interests of children

M.M. *Appelante*

c.

**Ministre de la Justice du Canada au nom des
États-Unis d'Amérique** *Intimé*

et

**Criminal Lawyers' Association (Ontario) et
Association des libertés civiles
de la Colombie-Britannique** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : M.M. c. ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE
2015 CSC 62**

N° du greffe : 35838.

2015 : 17 mars; 2015 : 11 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Extradition — Audiences relatives à l'incarcération — Preuve — Rôle du juge d'extradition — Critère applicable à l'incarcération — Principe de la double incrimination — Mère de trois enfants s'exposant à des accusations d'enlèvement d'enfants aux É.-U. — La juge d'extradition a-t-elle appliqué les bons principes quant à la double incrimination et à son propre rôle dans l'appréciation de la fiabilité et du caractère suffisant de la preuve? — Un juge d'extradition devrait-il considérer la preuve d'éventuels moyens de défense et d'autres éléments disculpatoires pour décider s'il y a lieu ou non d'ordonner l'incarcération en vue de l'extradition? — La preuve justifiait-elle l'incarcération de la mère? — Loi sur l'extradition, L.C. 1999, c. 18, art. 3(1), 29(1)a).

Extradition — Arrêté d'extradition — Contrôle judiciaire — La Loi sur l'extradition dispose que le ministre de la Justice refuse d'ordonner l'extradition lorsque la mesure serait injuste ou tyrannique compte tenu de toutes les circonstances pertinentes — Ordonnance du ministre à l'effet d'extrader la mère vers les É.-U. pour qu'elle y réponde à des accusations d'enlèvement d'enfants — Le ministre a-t-il pris dûment en compte le fait que la défense de nécessité existait en droit canadien mais non dans l'État requérant? — A-t-il dûment pris en

— *Whether Minister’s decision to surrender was reasonable* — *Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, s. 44(1)(a).*

M is the mother of three children. The family was living in Georgia when the parents divorced. The Georgia courts awarded the father sole custody of the children. M was given no visitation rights and was permitted no further contact with the children. However, when the father reported the children missing in 2010, Georgia police located M with her children in a battered women’s shelter in Quebec and arrested her. After being placed in foster care, the children were returned to M’s care following her release on bail. The U.S. sought M’s extradition to face prosecution in Georgia for the offence of interstate interference with custody. The Minister of Justice issued an Authority to Proceed (“ATP”) with extradition, listing the corresponding Canadian offences of abduction in the *Criminal Code*. The Quebec Superior Court dismissed the U.S.’s application for M’s committal for extradition. The Court of Appeal for Quebec, however, set aside M’s discharge and ordered her committal for extradition (the “committal order”). The Minister of Justice ordered M’s surrender for extradition, and the Court of Appeal dismissed her application for judicial review of the Minister’s decision (the “surrender order”). M appeals both the committal and the surrender orders.

Held (Abella, Karakatsanis and Côté JJ. dissenting): The appeal should be dismissed in relation to both the committal order and the surrender order.

Per McLachlin C.J. and Cromwell, Moldaver, and Wagner JJ.: With respect to the committal order, the extradition judge applied incorrect principles in relation to the double criminality requirement and her role in assessing the reliability of the evidence before her. The extradition judge erred in law in weighing and relying on evidence of defences and other exculpatory circumstances, in finding that the requesting state’s evidence did not justify committal, and in relation to her analysis of the Canadian offences. With respect to the surrender order, potential defences and the best interests of children are relevant to the Minister of Justice’s decision making. In this case, the Minister appropriately considered the children’s best interests and raised on his own motion the question of Georgia law in relation to M’s possible defence of qualified

compte l’effet de l’extradition sur l’intérêt supérieur des enfants? — *Sa décision d’ordonner l’extradition était-elle raisonnable?* — *Loi sur l’extradition, L.C. 1999, c. 18, art. 44(1)a).*

M est mère de trois enfants. La famille vivait en Géorgie lorsque les parents ont divorcé. Un tribunal de cet État a accordé au père la garde exclusive des enfants. M n’a obtenu aucun droit de visite, et tout autre contact avec les enfants lui a été interdit. Cependant, après que le père eut signalé leur disparition en 2010, la police de la Géorgie a retrouvé les enfants en compagnie de M dans un refuge pour femmes battues au Québec et a arrêté cette dernière. Les enfants ont d’abord été confiés à un foyer d’accueil, puis rendus à M une fois qu’elle a été libérée sous caution. Les É.-U. ont demandé l’extradition de M en vue de sa poursuite en Géorgie pour violation d’une ordonnance de garde à l’extérieur de l’État (*interstate interference with custody*). Le ministre de la Justice a pris un arrêté introductif d’instance (« AII ») dans lequel il énumérait les infractions canadiennes correspondantes d’enlèvement prévues dans le *Code criminel*. La Cour supérieure du Québec a rejeté la demande d’incarcération de M en vue de son extradition aux É.-U. La Cour d’appel du Québec a toutefois annulé l’ordonnance de mise en liberté de M et ordonné son incarcération en vue de son extradition (l’« ordonnance d’incarcération »). Le ministre de la Justice a ordonné l’extradition de M, puis la Cour d’appel a rejeté la demande de contrôle judiciaire visant la décision du ministre (l’« arrêté d’extradition »). M se pourvoit contre l’ordonnance d’incarcération et l’arrêté d’extradition.

Arrêt (les juges Abella, Karakatsanis et Côté sont dissidentes) : Le pourvoi est rejeté quant à l’ordonnance d’incarcération et à l’arrêté d’extradition.

La juge en chef McLachlin et les juges Cromwell, Moldaver et Wagner : Pour ce qui est de l’ordonnance d’incarcération, la juge d’extradition a appliqué les mauvais principes en ce qui concerne l’exigence de la double incrimination et le rôle du juge d’extradition dans l’appréciation de la fiabilité de la preuve offerte. Elle a commis des erreurs de droit lorsqu’elle a soupesé et invoqué la preuve de moyens de défense et d’autres éléments disculpatoires pour conclure que la preuve de l’État requérant ne justifiait pas l’incarcération, de même que dans son analyse des infractions canadiennes. En ce qui concerne l’arrêté d’extradition, les moyens de défense possibles et l’intérêt supérieur des enfants importent pour la décision du ministre de la Justice. En l’espèce, le ministre a dûment tenu compte de l’intérêt supérieur

necessity. As such, the Minister's decision to send M to Georgia for trial was reasonable.

The extradition process serves two important objectives: the prompt compliance with Canada's international obligations to its extradition partners, and the protection of the rights of the person sought. This requires a careful balancing of the broader purposes of extradition with those individual rights and interests. Extradition is a three-phase process (ATP, committal and surrender) and, at each stage, concern to balance these interests is apparent. Also underlying all three phases is the broad principle of double criminality expressed in s. 3(1)(b) of the *Extradition Act*, that is, the principle that Canada should not extradite a person to face punishment in another country for conduct that would not be criminal in Canada.

The committal phase of the extradition process serves an important, but circumscribed and limited screening function. The extradition judge is to determine whether there is evidence of conduct that, had it occurred in Canada, would justify committal for trial in Canada on the offence set out in the ATP; if not, the person must be discharged: s. 29(1)(a) and (3) of the *Extradition Act*. This incorporates the test that a justice conducting a preliminary inquiry must apply under Canadian law when deciding whether to commit an accused for trial. The extradition judge's role is to determine whether there is a *prima facie* case of a Canadian crime, not to become embroiled in questions about possible defences or the likelihood of conviction. Committal hearings are not trials; they are intended to be expeditious procedures to determine whether a trial should be held.

The extradition judge's role, like that of the preliminary inquiry justice, is not concerned with defences or other matters on which the accused bears an evidential or persuasive burden. While the role of the extradition judge at the committal phase has evolved as a result of legislative amendments and the requirements of the *Charter*, the basic principles governing extradition have remained the same. There is nothing in the jurisprudence suggesting any change in the extradition judge's statutorily defined role. Moreover, the jurisprudence did not and could not change by judicial decree the statutory requirement

des enfants et soulevé de son propre chef la question du droit de la Géorgie en liaison avec la défense restreinte de nécessité que M aurait pu invoquer. Par conséquent, sa décision de renvoyer M en Géorgie pour qu'elle y subisse son procès était raisonnable.

La procédure d'extradition comporte deux objectifs importants, soit s'acquitter avec diligence des obligations internationales du Canada envers ses partenaires et protéger les droits de la personne dont l'extradition est demandée, d'où la nécessité d'établir un juste équilibre entre les objectifs généraux de l'extradition et les droits et les intérêts de cette personne. La procédure d'extradition se déroule en trois étapes (l'AII, l'incarcération et l'extradition) et, à chacune d'elles, le souci d'un tel équilibre est manifeste. Formulé à l'al. 3(1)b) de la *Loi sur l'extradition*, le principe général de la double incrimination, selon lequel le Canada devrait refuser d'extrader une personne vers un pays où elle risque d'être punie pour un acte qui n'est pas criminel au Canada, sous-tend également chacune des trois étapes de la procédure.

L'étape de l'audience relative à l'incarcération en vue de l'extradition opère un filtrage important, mais circonscrit et limité. Le juge d'extradition doit déterminer s'il existe une preuve d'actes qui, s'ils avaient été commis au Canada, justifieraient le renvoi à procès au Canada relativement à l'infraction mentionnée dans l'AII; à défaut d'une telle preuve, il doit libérer la personne (al. 29(1)a) et par. 29(3) de la *Loi sur l'extradition*). Il y a là intégration du critère que doit appliquer en droit canadien le juge président l'enquête préliminaire pour décider s'il y a lieu ou non d'ordonner le renvoi à procès d'un accusé. La fonction du juge d'extradition consiste à déterminer s'il existe une preuve suffisante à première vue de la perpétration d'une infraction canadienne, non à s'empêtrer dans un débat sur d'éventuels moyens de défense ou sur la vraisemblance d'une déclaration de culpabilité. L'audience relative à l'incarcération n'équivaut pas à un procès; elle se veut une procédure expéditive pour déterminer s'il doit y avoir procès ou non.

Ni le juge d'extradition ni le juge qui préside l'enquête préliminaire ne sauraient se pencher sur les moyens de défense ou les autres éléments dont la charge de présentation ou de persuasion appartient à l'accusé. Bien que le rôle du juge d'extradition à l'étape de l'incarcération ait évolué par suite de modifications législatives et en raison des exigences de la *Charte*, les principes fondamentaux régissant l'extradition sont demeurés les mêmes. Aucun élément de la jurisprudence ne donne à penser que le rôle imparti par la loi au juge d'extradition ait été modifié. De plus, la jurisprudence n'a pas modifié — et ne pouvait

that the requesting state has only to show that the record would justify committal for trial in Canada.

Overall, the correct approach is a restrained view of the role of the extradition judge in assessing the reliability of evidence. The extradition judge's starting point is that the requesting state's certified evidence is presumptively reliable. This presumption may only be rebutted by showing fundamental inadequacies or frailties in the material relied on by the requesting state. It is only where the evidence supporting committal is so defective or appears so unreliable that it would be dangerous or unsafe to act on it that the extradition judge is justified in refusing committal on this basis. In order to admit evidence from the person sought for this purpose, the judge must be persuaded that the proposed evidence, considered in light of the entire record, could support such a conclusion.

In this case, the extradition judge erred in concluding that the requesting state's evidence in the certified record of the case ("ROC") was insufficient to require committal. She gave no weight to the presumption of reliability of the ROC. The ROC supported committal here. The circumstantial evidence and the reasonable inferences that could be drawn from it were sufficient to conclude that a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilt. The ROC permitted reasonable inferences that M had taken the children from the parent who had lawful care of them, and was sufficient to support a reasonable inference that M had abducted the children in violation of a custody order with the intent to deprive the father of their possession.

The extradition judge also erred in law in relation to the requirements for a *prima facie* case and in relation to her analysis of the Canadian offences. With respect to s. 280(1) of the *Criminal Code* (abduction of a person under 16), her conclusions that the children left of their own volition, that they were not taken out of the father's possession by M, that "all of the evidence" indicates that the three children ran away from their father's residence and that their elder sister drove them to Canada are wrong in law and in fact. With respect to the law, depriving parents of the "possession" of their children is not limited to circumstances in which the parents were in physical control of the children. The essence of the offence is interference with the parent's exercise of his or her right of control over the child. The prosecution would not have to establish that M physically took the children.

modifier — par jugement l'exigence législative voulant que l'État requérant établisse seulement que le dossier d'extradition justifierait le renvoi à procès au Canada.

Dans l'ensemble, la bonne approche consiste à interpréter restrictivement le rôle du juge d'extradition dans l'appréciation de la fiabilité de la preuve. Au départ, le juge d'extradition présume que la preuve certifiée de l'État requérant est digne de foi. Cette présomption ne peut être réfutée que par la preuve de l'insuffisance ou de la faiblesse fondamentale des éléments invoqués par l'État requérant. Ce n'est que lorsque la preuve présentée à l'appui de l'incarcération est à ce point viciée ou semble si peu digne de foi qu'il serait dangereux ou imprudent de se fonder sur elle que le juge d'extradition peut refuser d'ordonner l'incarcération pour ce motif. Pour que soit admissible à cette fin la preuve de la personne dont l'extradition est demandée (« l'intéressé »), le juge doit être convaincu que, considérés au regard de l'ensemble du dossier, les éléments de preuve proposés pourraient permettre de tirer une telle conclusion.

En l'espèce, le juge d'extradition a eu tort de conclure que la preuve versée au dossier d'extradition certifié (« DEC ») de l'État requérant était insuffisante pour justifier l'incarcération. Elle n'a pas tenu compte de la présomption de fiabilité du DEC, et ce dernier appuyait l'incarcération en l'espèce. La preuve circonstancielle et les inférences raisonnables qui pouvaient en être tirées étaient suffisantes pour permettre à un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées de parvenir à un verdict de culpabilité. Le DEC permettait d'inférer raisonnablement que M avait enlevé les enfants au père, qui en avait la charge légale, et qu'elle avait enlevé les enfants en contravention avec une ordonnance de garde dans l'intention de priver leur père de leur possession.

La juge d'extradition a également commis des erreurs de droit quant aux exigences relatives à une preuve suffisante à première vue et relativement à son analyse des infractions canadiennes. En ce qui concerne le par. 280(1) du *Code criminel* (enlèvement d'une personne âgée de moins de 16 ans), ses conclusions voulant que les enfants étaient partis de leur plein gré et qu'ils n'avaient pas été enlevés à leur père par M, que « l'ensemble de la preuve » montre que les trois enfants se sont enfuis de chez leur père et que leur sœur aînée les a conduits au Canada sont erronées en fait et en droit. Au chapitre du droit, ce n'est pas seulement lorsqu'il exerce la surveillance physique des enfants que le père ou la mère peut être privé de la « possession » de ceux-ci. L'infraction consiste, pour l'essentiel, à entraver l'exercice par le père ou la mère de son droit de surveillance des enfants. La

As well, the extradition judge failed to recognize that there was conflicting evidence concerning how the children came to be with M in Canada. The record before the extradition judge could not reasonably be thought to meet the threshold of showing either that the evidence in the ROC was so unreliable that it should be discarded or that the inferences relied upon by the requesting state were unreasonable.

With respect to the qualified defence of necessity under s. 285 of the *Criminal Code*, again the extradition judge erred both in law and in fact. With respect to the law, it was not part of the extradition judge's role to consider whether there might be valid defences to the Canadian offences. As for the facts, the extradition judge did not consider that s. 285 requires that there be danger of imminent harm either to the children or to M herself. There was evidence of neither.

At the surrender stage of the proceedings, the Minister of Justice must not surrender a person for extradition if this would be "unjust or oppressive", pursuant to s. 44(1)(a) of the *Extradition Act*. The basic concern which underlies the broader principle of double criminality, which operates at the ATP and committal phases of the extradition process, may also inform the Minister's surrender decision. The Minister engages in a weighing exercise of all the relevant circumstances. This is a vitally important role because it provides an additional safeguard of the rights of the person sought and addresses matters that may not be properly considered at the two earlier stages of the extradition process. The Minister has a role to play at the surrender stage in assessing the potential consequences for the person sought of being subjected to the law of the requesting state. Where surrender would be contrary to the principles of fundamental justice, it will also be unjust and oppressive.

In exercising this power to surrender, the Minister must consider, when relevant, the best interests of children who are or may be affected by the extradition and whether there is a significant difference in jeopardy between domestic and foreign law. With respect to this latter consideration, the rationale of the broad principle of double criminality may inform the Minister's exercise of this authority to refuse surrender if there are defences available in Canada that are not available in the requesting state.

poursuite n'est pas tenue d'établir que M a bel et bien emmené les enfants. En outre, la juge d'extradition n'a pas reconnu l'existence d'éléments de preuve contradictoires sur la façon dont les enfants se sont retrouvés avec M au Canada. On ne pouvait raisonnablement considérer que le dossier de la juge d'extradition établissait que le DEC était si peu digne de foi qu'il devait être écarté ou que les inférences invoquées par l'État requérant étaient déraisonnables.

En ce qui concerne la défense restreinte de nécessité que prévoit l'art. 285 du *Code criminel*, la juge d'extradition a à nouveau commis une erreur tant de droit que de fait. Sur le plan du droit, il ne lui appartenait pas de se prononcer sur l'existence possible d'un moyen de défense valable à une infraction canadienne. Quant aux faits, elle a méconnu l'exigence, à l'art. 285, d'un danger imminent pour les enfants ou M elle-même. Aucun élément ne tendait à prouver l'existence d'un tel danger.

À l'étape de la décision sur l'extradition, le ministre de la Justice doit refuser d'extrader la personne lorsque la mesure serait « injuste ou tyrannique » au sens de l'al. 44(1)(a) de la *Loi sur l'extradition*. Le souci fondamental qui sous-tend le principe général de la double incrimination, qui vaut aux étapes de l'API et de l'incarcération de la procédure d'extradition, peut aussi jouer dans la décision du ministre d'ordonner ou non l'extradition. Le ministre se livre à un examen de toutes les circonstances en cause. Ce rôle revêt une importance capitale en ce qu'il offre une garantie supplémentaire aux droits de l'intéressé et qu'il s'intéresse à des questions qui ne sont pas forcément dûment prises en compte aux deux premières étapes de la procédure d'extradition. Le ministre a compétence, à l'étape de la décision sur l'extradition, pour évaluer les conséquences susceptibles de découler de l'assujettissement de l'intéressé au droit de l'État requérant. Lorsque l'extradition serait contraire aux principes de justice fondamentale, elle sera également injuste et tyrannique.

Lorsqu'il exerce ce pouvoir d'extradition, le ministre doit tenir compte de l'intérêt supérieur des enfants, s'il en est, qui sont touchés ou susceptibles d'être touchés par l'extradition et se demander s'il existe un écart important entre le droit étranger et le droit interne en ce qui concerne le péril auquel s'expose l'intéressé. À cet égard, la raison d'être du principe général de la double incrimination peut jouer dans l'exercice du pouvoir du ministre de refuser l'extradition lorsqu'un moyen de défense qui pourrait être invoqué au Canada n'existe pas dans l'État requérant.

Thus, the availability of possible defences that fall outside of the scope of the double criminality inquiry required at the first two phases of the extradition process can nonetheless be relevant at the third. It follows from this that the Minister should consider, when relevant, how the person sought would be affected by the unavailability of a comparable defence in the requesting state.

However, it does not follow that every difference in the availability of defences or in jeopardy makes extradition unjust or oppressive or contrary to the principles of fundamental justice. There is generally speaking nothing unjust in surrendering a person to face the legal consequences of their acts in the place where they were committed. Differences in legal systems — even substantial differences — should not, generally speaking, constitute grounds for refusing surrender. Before the unavailability of a defence could engage the threshold for refusal, the person sought must show: (1) that there is, in fact, a difference of substance in the respective laws of the requested and requesting state so that the defence is available in Canada but no comparable defence is available in the requesting state; (2) that there is a reasonable prospect of success were the defence to be raised if he or she were tried for the same conduct in Canada; and (3) that the difference between the laws of the two countries must lead to a significantly greater jeopardy for the person sought in the requesting state. If these three elements are present, then the Minister is required to weigh the potential difference in defences along with all the other relevant considerations in making his or her surrender decision. The onus of persuasion remains on the person sought. The Minister's ultimate conclusion will be treated with deference on judicial review.

In this case, the Minister's decision was not unreasonable because M did not meet any of the three threshold requirements. First, M did not show that there is any difference in substance between the law in Canada and in Georgia. Given the fact that the U.S. authorities advised the Minister that M could rely on a defence of coercion at her trial in Georgia, there is no reason to assume that there is a significant substantive difference between coercion and necessity. The record contains nothing to support the assertion that there is no defence in Georgia comparable to the statutory necessity defence. Second, the material in the record does not show a reasonable prospect of success on the Canadian qualified defence of necessity if M were tried for the alleged conduct in Canada. This defence is available only if there was "imminent harm". The material before the Minister did not

Ainsi, l'existence de moyens de défense éventuels qui débordent le cadre de l'analyse liée à la double incrimination que commandent les deux premières étapes de la procédure d'extradition peut néanmoins être pertinente à la troisième. Il s'ensuit que le ministre devrait tenir compte de la manière dont, le cas échéant, l'intéressé serait touché par l'inexistence d'un moyen de défense équivalent dans l'État requérant.

Or, toute différence quant à l'existence d'un péril ou d'un moyen de défense ne rend pas l'extradition injuste ou tyrannique ou contraire aux principes de justice fondamentale. En général, il n'y a rien d'injuste dans le fait d'extrader l'intéressé pour qu'il subisse les conséquences juridiques de ses actes là où il les a commis. Les différences entre les systèmes de droit, si importantes soient-elles, ne devraient généralement pas constituer des motifs de refuser d'ordonner l'extradition. Pour que l'inexistence d'un moyen de défense puisse donner ouverture au refus d'extrader, l'intéressé doit établir (1) qu'une différence de fond existe bel et bien entre les règles de l'État requis et celles de l'État requérant, de sorte que le moyen de défense existe au Canada, mais qu'aucune défense équivalente n'existe dans l'État requérant, (2) qu'il y a une possibilité raisonnable que soit retenu le moyen de défense s'il était invoqué au Canada pour les mêmes actes et (3) que la différence entre les lois des deux pays se traduit par un péril beaucoup plus grand pour l'intéressé dans l'État requérant. Lorsque ces trois conditions sont réunies, le ministre doit tenir compte des différences possibles entre les moyens de défense de pair avec tous les autres éléments pertinents pour décider d'ordonner ou non l'extradition. La charge de persuasion continue d'appartenir à l'intéressé. La décision à laquelle arrive finalement le ministre commande la déférence en cas de contrôle judiciaire.

En l'espèce, la décision du ministre n'était pas déraisonnable, car M n'a rempli aucune des trois conditions. D'abord, M n'a pas établi de différence de fond entre le droit du Canada et celui de la Géorgie. Eu égard au fait que les autorités américaines ont indiqué au ministre que M pourrait invoquer la coercition en défense aux accusations en Géorgie, il n'y a aucune raison de supposer que la coercition et la nécessité diffèrent sensiblement sur le fond. Nul élément du dossier n'appuie l'allégation selon laquelle le droit de la Géorgie n'offre pas une défense équivalente à celle de la nécessité que prévoit notre loi. Deuxièmement, le dossier ne permet pas de conclure à une possibilité raisonnable que soit retenue la défense restreinte de nécessité prévue au Canada si M était poursuivie au pays pour les actes qui lui sont reprochés. Cette défense ne vaut que s'il y avait un « danger imminent ».

provide any basis to think that the imminent harm requirement was present here. Furthermore, M's position on the facts changed dramatically in her submissions to the Minister, such that these contentions could not reasonably be thought to be entitled to much weight. Third, M failed to show that she faced significantly greater jeopardy in Georgia than in Canada.

On the issue of the best interests of the children, the Minister, in making a surrender decision, can consider personal circumstances, including the hardship extradition will create for families, and it is necessary to do so where the material puts these considerations in play. This obligation extends to considering the best interests of children who will or may be affected by extradition when the material on record shows that this is a relevant concern. However, the best interests of children on surrender for extradition must be considered in light of other important legal principles and the facts of the individual case. The legal principle of the best interests of the child may be subordinated to other concerns in appropriate contexts; its application is inevitably highly contextual; and society does not always deem it essential that the best interests of the child trump all other concerns. For example, the consequences of a parent having to face criminal charges elsewhere cannot in themselves be unjust or oppressive.

In this case, the Minister was required to consider the best interests of the children in making his surrender decision. The Minister's key conclusions were that the best interests of the children were unclear, that the impact of extradition on the children was also unclear and that there were important considerations favouring surrender for extradition. These key conclusions were reasonable and they led to a reasonable decision to surrender M. On any reasonable view of the record, what would be best for these children was anything but clear given their unhappy, unstable and complicated family history and the apparent problems of both parents. With respect to the impact of M's extradition on the children, there was nothing before the Minister and nothing in the record before this Court providing any further information about the children's welfare or M's parenting abilities after the children were returned to her care, nothing that suggested to the Minister that the children would be returned to their father's care if their mother were surrendered, nothing in the material about whether M would be incarcerated pending her trial in Georgia or what impact her pending criminal charges could have on her relationship with the children,

Les éléments dont disposait le ministre ne lui permettaient pas de croire que cette exigence d'un danger imminent était remplie en l'espèce. De plus, M a sensiblement modifié sa version des faits dans ses observations au ministre, si bien que ces prétentions ne pouvaient pas raisonnablement se voir accorder beaucoup d'importance. Troisièmement, M n'a pas établi qu'elle s'exposait à un péril sensiblement plus grand en Géorgie qu'au Canada.

En ce qui concerne l'intérêt supérieur des enfants, le ministre, pour arriver à sa décision d'ordonner ou non l'extradition, peut tenir compte des circonstances personnelles, y compris les difficultés que l'extradition occasionnera à la famille. Il est tenu de le faire lorsque la preuve met de tels éléments en jeu, et son examen englobe alors l'intérêt supérieur des enfants qui seront touchés par l'extradition ou qui pourraient l'être lorsqu'il appert des éléments au dossier que cette considération est pertinente. Toutefois, l'intérêt supérieur des enfants en cas d'extradition doit être considéré à la lumière d'autres principes de droit importants et des faits de l'affaire. Le principe juridique qu'est l'intérêt supérieur de l'enfant peut être subordonné à d'autres intérêts dans des contextes appropriés, son application ne peut que dépendre fortement du contexte et la société estime qu'il n'est pas toujours essentiel que l'intérêt supérieur de l'enfant ait préséance sur tous les autres intérêts en cause. Par exemple, les conséquences d'une mise en accusation du père ou de la mère à l'étranger ne peuvent en soi être injustes ou tyranniques.

Dans le cas qui nous occupe, le ministre devait tenir compte de l'intérêt supérieur des enfants pour prendre sa décision d'extrader ou non. Ses principales conclusions étaient les suivantes : l'intérêt supérieur des enfants n'était pas clair, les conséquences de l'extradition sur eux n'étaient pas claires non plus et des considérations importantes militaient en faveur de l'extradition. Ces conclusions clés étaient raisonnables et ont mené à la décision raisonnable d'ordonner l'extradition de M. Suivant n'importe quelle interprétation raisonnable du dossier, ce qui serait préférable pour les enfants était tout sauf clair étant donné le parcours compliqué de cette famille malheureuse et instable et les problèmes évidents du père et de la mère. En ce qui concerne les répercussions de l'extradition de M sur les enfants, ni la preuve offerte au ministre, ni celle dont la Cour dispose aujourd'hui ne renseignent davantage sur le bien-être des enfants ou la façon dont M s'est acquittée de son rôle de mère après que les enfants lui eurent été rendus, aucun élément ne permettait au ministre de dire qu'ils seraient rendus à leur père si leur mère était extradée, il n'y a au dossier aucun élément permettant de savoir si M sera incarcérée

and no evidence about other possible family placements either in Canada or in the United States.

Per Abella, Karakatsanis and Côté JJ. (dissenting): No one can be extradited unless his or her conduct would have constituted an offence that is punishable in Canada. This is known as the principle of double criminality, a cornerstone of the extradition process in Canada. Its purpose is to ensure that no one is surrendered from Canada to face prosecution in another country for conduct that does not amount to a criminal offence in this country. Double criminality is based on ensuring that a person's liberty is not restricted as a consequence of offences not recognized as criminal by the requested state. In other words, where a person is extradited for conduct not amounting to a criminal offence in Canada, the principle of double criminality is offended. Given the context of extradition proceedings and the liberty interests involved, the threshold for committal for extradition is higher than the threshold that applies to preliminary inquiries in criminal proceedings. To justify committal in extradition proceedings, the evidence must be such that a reasonable, properly instructed jury could return a guilty verdict.

Section 285 of the *Criminal Code* states that no one will be found guilty of an offence under ss. 280 to 283 of the *Criminal Code* if the taking or harbouring of any young person was necessary to protect him or her from danger of imminent harm. The result of s. 285 is that an accused who would otherwise be guilty of an offence under ss. 280 to 283, but whose conduct falls under the conditions specified in s. 285, is not criminally liable for his or her actions. In the words of s. 3(1)(b) of the *Extradition Act*, the conduct would not have constituted a punishable offence. Consideration of the s. 285 defence where a person is sought for extradition under ss. 280 to 283 is a necessary component of determining whether a punishable offence has occurred in Canada.

Removing consideration of s. 285 from the scope of the extradition judge's review would fail to give proper effect to the principle of double criminality. If the double criminality requirement is to achieve its purpose of ensuring that a person is not surrendered to face prosecution for conduct that would not amount to a criminal offence in Canada, s. 285 must be taken into account when deciding whether a person's conduct would constitute a crime

ou non jusqu'à son procès en Géorgie ou quelles seront les répercussions des accusations criminelles portées contre elle sur sa relation avec ses enfants, et aucune donnée sur la possibilité d'autres arrangements familiaux au Canada ou aux États-Unis ne figure au dossier.

Les juges Abella, Karakatsanis et Côté (dissidentes) : Personne ne peut être extradé, à moins que sa conduite ait constitué une infraction punissable au Canada. C'est ce qu'on appelle le principe de la double incrimination, l'une des pierres angulaires du processus d'extradition au Canada. Il vise à garantir que personne ne soit extradé du Canada vers un autre État afin d'y être traduit en justice pour des actes qui ne constituent pas une infraction criminelle dans notre pays. La double incrimination repose sur la nécessité de garantir qu'il ne sera pas porté atteinte à la liberté d'une personne pour des infractions qui ne sont pas considérées comme criminelles par l'État requis. Autrement dit, lorsqu'une personne est extradée pour des actes qui ne correspondent pas à une infraction criminelle au Canada, il y a entorse au principe de la double incrimination. Vu le contexte des procédures d'extradition et les droits à la liberté en cause, le critère applicable à l'incarcération en vue de l'extradition est plus exigeant que celui applicable dans une enquête préliminaire en matière criminelle. Pour justifier l'incarcération dans une procédure d'extradition, la preuve doit être telle qu'un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées pourrait rendre un verdict de culpabilité.

L'article 285 du *Code criminel* précise que nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction visée aux art. 280 à 283 si l'enlèvement ou l'hébergement était nécessaire pour protéger la jeune personne d'un danger imminent. Cette disposition a pour effet de rendre non criminellement responsable de ses actes l'accusé qui serait par ailleurs coupable d'une infraction prévue aux art. 280 à 283, mais dont la conduite satisfait aux conditions qu'elle énonce. Selon le libellé de l'al. 3(1)(b) de la *Loi sur l'extradition*, ses actes n'auraient pas constitué une infraction sanctionnée. Lorsqu'une personne fait l'objet d'une demande d'extradition pour une infraction prévue aux art. 280 à 283, l'examen de la défense fondée sur l'art. 285 constitue un élément essentiel pour déterminer si une infraction sanctionnée a été commise au Canada.

Soustraire l'art. 285 à l'examen du juge d'extradition reviendrait à ne pas donner l'effet voulu au principe de la double incrimination. Pour que l'exigence relative à la double incrimination puisse atteindre son objectif, c'est-à-dire empêcher qu'une personne ne soit extradée en vue d'être traduite en justice pour des actes qui ne constitueraient pas une infraction criminelle au Canada, il faut prendre en considération l'art. 285 au moment de décider

if committed in this country and so justify committal. To preclude its consideration is to unduly narrow the role of the extradition judge in ensuring that double criminality is met, and in providing a meaningful process safeguarding the liberty interests of the person sought for extradition.

The defence that it was necessary to rescue the children to protect them from imminent harm is not available in the state of Georgia. The children were 9, 10 and 14 years old. The extradition judge found that the children were afraid of their father and that he had physically and mentally mistreated them. She also found that the children had run away from their father without any assistance or even the knowledge of their mother, that it was more than a week before they contacted her for help and that the mother's actions in taking the children after they ran away were to protect them from further harm.

Based on a meaningful judicial assessment of the whole of the evidence, the extradition judge correctly determined that the evidence did not reveal conduct that would justify committal. Given the clear wording of s. 285, the mother could not be found guilty on the charge of abduction since her intent was to protect the children from danger of imminent harm at the hands of their father. No reasonable jury in Canada, properly instructed, could therefore return a verdict of guilty on the charge of abduction of the children against the mother in the circumstances. Committal, as the extradition judge concluded, is therefore not justified.

Section 44(1)(a) of the *Extradition Act* requires the Minister of Justice to consider *all* the relevant circumstances in deciding whether surrender would be unjust or oppressive. Even if one were to accept that the requirements for double criminality have been met, this does not relieve the Minister of his responsibility to consider that a statutory defence that goes to the very heart of the offence is available in Canada and not in Georgia. Such a consideration falls squarely within the Minister's statutory safety valve function at the surrender stage and is therefore a necessary consideration when discretion is exercised under s. 44(1)(a).

So too are the best interests of the children. In her submissions to the Minister, the mother noted that the children fled from their abusive father and would face

si les actes de cette personne constitueraient un crime s'ils avaient été commis dans notre pays et justifieraient donc l'incarcération. Empêcher la prise en compte de cette disposition restreint indûment le rôle du juge d'extradition lorsqu'il s'agit de veiller au respect du principe de la double incrimination et d'assurer le déroulement d'un processus véritable propre à sauvegarder les droits à la liberté de la personne dont l'extradition est demandée.

La défense selon laquelle il était nécessaire de sauver les enfants pour les protéger d'un danger imminent ne peut être invoquée dans l'État de la Géorgie. Les enfants étaient âgés de 9, 10 et 14 ans. La juge d'extradition a conclu qu'ils avaient peur de leur père et que celui-ci les avait maltraités physiquement et psychologiquement. Elle a également conclu qu'ils s'étaient enfuis de chez leur père sans aucune assistance de la part de leur mère, et même à son insu, qu'ils avaient attendu plus d'une semaine avant de communiquer avec elle pour lui demander de l'aide, et qu'en les emmenant par la suite avec elle, la mère voulait les protéger d'un autre danger.

À partir d'une appréciation judiciaire valable de l'ensemble de la preuve, la juge d'extradition a décidé à juste titre que celle-ci ne révélait pas une conduite qui justifiait l'incarcération. En raison du libellé clair de l'art. 285, la mère ne pouvait être déclarée coupable de l'infraction d'enlèvement reprochée, puisqu'elle avait l'intention de protéger les enfants d'un danger imminent aux mains de leur père. En conséquence, aucun jury canadien raisonnable ayant reçu des directives appropriées ne pourrait dans ces circonstances rendre un verdict de culpabilité contre la mère relativement à l'accusation d'enlèvement des enfants. Comme a conclu la juge d'extradition, l'incarcération n'est donc pas justifiée.

L'alinéa 44(1)a) de la *Loi sur l'extradition* oblige le ministre de la Justice à tenir compte de *toutes* les circonstances lorsqu'il décide si l'extradition serait injuste ou tyrannique. Même si l'on reconnaît que les exigences relatives à la double incrimination sont respectées, cela ne dispense pas le ministre de la responsabilité de prendre en compte le fait qu'il est possible au Canada, mais non en Géorgie, d'invoquer un moyen de défense qui est prévu par la loi et qui touche à l'essence même de l'infraction. Cette considération relève clairement du rôle de soupape de sûreté que la loi confère au ministre à l'étape de l'extradition, et il est donc nécessaire qu'il en tienne compte dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu à l'al. 44(1)a).

Il en est de même de l'intérêt supérieur des enfants. Dans ses observations au ministre, la mère a souligné que les enfants s'étaient enfuis de chez leur père violent

serious risks of harm if they were returned to him. The father left the children to take care of themselves most of the time and was physically and mentally abusive. This abuse was the reason the children ran away from the home, leading them to live in an abandoned house for over a week before contacting the mother. If the children were forced back to the United States or separated from her, they would either suffer additional abuse or face the absence of any parental figure.

It is contrary to the best interests of the children to extradite the mother. There is no dispute that the children should not be returned to their abusive father. To surrender the mother for her conduct in protecting the children is to penalize them for reaching out to her by depriving them of the only parent who can look after them. Moreover, because the defence of rescuing children to protect them from imminent harm does not exist in Georgia, the mother will not be able to raise the defence she would have been able to raise had she been prosecuted in Canada.

If extradited, the mother could face up to 15 years imprisonment if convicted of the interference with custody charges. Yet the Minister makes no reference to the impact of the mother's surrender on the family. Instead, he observed that the availability of foster care adequately compensates for the mother's potential imprisonment in Georgia. This represents an inexplicable rejection of the cornerstone of this country's child welfare philosophy, namely, to attempt whenever reasonably possible to keep children and parents together. The Minister expressed uncertainty as to the children's best interests. This ought to have led him to err on the side of the children's right to be with a loving parent, not on the side of surrendering the mother to face a criminal process where a key defence would be unavailable.

In light of all the instability and trauma the children have experienced, it is obvious that what would be least harmful for them would be to remain in Canada with the mother who put herself in legal jeopardy to protect them, instead of being relegated to foster care. What the Minister considered instead was the mother's conduct three years prior to the incident in question, which led to her losing custody and access. This history should not be denied, but neither is it of any particular relevance in considering what she did in responding to the children's

et qu'ils seraient exposés à des risques sérieux de préjudice s'ils devaient lui être remis. Le père laissait les enfants à eux-mêmes la plupart du temps et il les maltraitait physiquement et psychologiquement. Ces mauvais traitements constituent la raison de la fuite des enfants, situation qui les a amenés à vivre dans une maison abandonnée pendant plus d'une semaine avant de communiquer avec leur mère. S'ils étaient forcés de retourner aux États-Unis ou étaient séparés d'elle, les enfants seraient soit victimes d'autres mauvais traitements, soit privés de toute figure parentale.

Le fait d'extrader la mère serait contraire à l'intérêt supérieur des enfants. Personne ne conteste que les enfants ne devraient pas être renvoyés chez leur père qui les maltraite. Extrader la mère parce qu'elle a agi afin de protéger ses enfants, c'est pénaliser ceux-ci de s'être tournés vers elle en les privant du seul parent susceptible de s'occuper d'eux. De plus, comme la défense d'avoir porté secours aux enfants pour les protéger d'un danger imminent n'existe pas en Géorgie, la mère ne pourra pas faire valoir le moyen de défense qu'elle aurait été en mesure de soulever si elle avait été poursuivie au Canada.

En cas d'extradition de la mère, celle-ci est passible d'une peine pouvant aller jusqu'à 15 ans d'emprisonnement si elle est déclarée coupable des accusations de violation d'une ordonnance de garde. Pourtant, le ministre ne mentionne aucunement l'incidence de l'extradition de la mère sur la famille. Il a plutôt fait remarquer que la possibilité de placer les enfants en famille d'accueil contrebalance de manière adéquate l'éventualité d'un emprisonnement de la mère en Géorgie. Or cela représente un rejet inexplicable de la pierre angulaire de la philosophie de notre pays relativement à la protection de l'enfance, à savoir d'essayer, lorsque cela est raisonnablement possible, de ne pas séparer les enfants et les parents. Le ministre a exprimé son incertitude au sujet de l'intérêt supérieur des enfants, ce qui aurait dû l'amener à se ranger du côté du droit des enfants d'être avec un parent aimant, et non du côté de l'extradition de la mère pour qu'elle réponde de ses actes dans un processus pénal où un moyen de défense clé ne peut être invoqué.

Compte tenu de toute l'instabilité et de tous les traumatismes qu'ont connus les enfants, il est évident que la situation qui leur serait le moins préjudiciable serait de demeurer au Canada avec leur mère qui a pris un risque sur le plan juridique pour les protéger, au lieu d'être envoyés en famille d'accueil. Le ministre a plutôt tenu compte de la conduite de la mère trois ans avant l'incident en question, laquelle lui a fait perdre ses droits de garde et d'accès. Ces antécédents ne sauraient être niés, mais on ne peut pas non plus dire qu'ils sont particulièrement pertinents dans

desperate request, or to what her current relationship was to the children. The question is not whether she was an ideal parent, but whether her conduct in coming to her children's rescue should deprive them of her care and deprive her of her liberty for up to 15 years.

The very charges the mother faces arose because she acted in what she saw as her children's best interests. The evidence before the Minister unequivocally showed that the children fled from their father's home because he was abusive and that they eventually contacted their mother for assistance. She did not remove them from his home. In fact, the evidence accepted throughout these proceedings is that the children ran away on their own without either the assistance or knowledge of the mother. Between returning to the abusive household, remaining in an abandoned home or reuniting with their mother, the children felt they had no alternative. Rightly or wrongly, the children believed that taking such measures would be less harmful to their well-being than remaining in their father's abusive household. They cannot be judged for taking desperate measures to escape intolerable conditions which placed them in harm's way. The Minister was obliged to take into serious consideration why the children contacted their mother for assistance. They had suffered harm. They had no place to go. Reaching out to their mother was the only realistic alternative for them. And responding to their pleas for safety was the only realistic alternative for the mother. In penalizing the mother for coming to the assistance of her children instead of ignoring their entreaties, the Minister was penalizing her for accepting her responsibility to protect the children from harm.

The Minister inadequately considered the children's best interests, and his conclusions with respect to the availability of the s. 285 defence rendered his decision to order the mother's surrender unreasonable. Limiting his assessment of the mother's trial in Georgia to whether it would be procedurally fair instead of whether it would be unjust or oppressive to extradite her, sidesteps the proper analysis. Given the liberty interests at stake and the potential for criminal liability in circumstances that may not attract punishment in Canada, it is not enough to determine whether the trial in the requesting state will be procedurally fair. The presence of a statutory defence in Canada going directly to criminality where no analogous

l'examen de ce qu'a fait la mère pour répondre à la demande désespérée des enfants, ou des liens qu'elle entretient avec eux. La question n'est pas de savoir si elle est un parent idéal, mais plutôt si ce qu'elle a fait pour secourir ses enfants devrait les priver de ses soins et la priver, elle, de sa liberté pendant une période pouvant aller jusqu'à 15 ans.

Les accusations mêmes auxquelles doit répondre la mère découlent du fait qu'elle a agi dans ce qu'elle croyait être l'intérêt supérieur de ses enfants. La preuve dont disposait le ministre démontrait sans équivoque que les enfants s'étaient enfuis de chez leur père parce que celui-ci les maltraitait, et qu'ils avaient finalement communiqué avec leur mère pour lui demander de l'aide. Elle ne les a pas retirés du domicile de leur père. En fait, il ressort de la preuve qui a été acceptée tout au long des procédures que les enfants se sont enfuis d'eux-mêmes sans l'aide de la mère et à son insu. Pris entre la perspective de retourner dans un foyer violent, de demeurer dans une maison abandonnée ou d'être réunis avec leur mère, les enfants ont considéré qu'ils n'avaient pas vraiment le choix d'agir comme ils l'ont fait. À tort ou à raison, ils ont estimé que les mesures qu'ils prenaient seraient moins dommageables pour leur bien-être que le fait de continuer d'habiter chez leur père violent. On ne peut leur reprocher d'avoir pris des mesures désespérées dans le but d'échapper à une situation intolérable les exposant au danger. Le ministre était tenu de prendre sérieusement en considération la raison pour laquelle les enfants avaient communiqué avec leur mère pour obtenir son aide. Ils avaient été maltraités. Ils n'avaient nulle part où aller. Prendre contact avec leur mère était la seule solution réaliste à leurs yeux. De même, répondre à leurs demandes de protection constituait la seule solution réaliste pour la mère. En punissant la mère pour être venue en aide à ses enfants, au lieu de rester sourde à leurs supplications, le ministre se trouve à pénaliser celle-ci pour avoir assumé la responsabilité qui lui incombait de protéger ses enfants du danger.

Comme le ministre n'a pas dûment pris en compte l'intérêt supérieur des enfants et eu égard à ses conclusions quant à la possibilité d'invoquer la défense prévue à l'art. 285, sa décision d'ordonner l'extradition de la mère était déraisonnable. En limitant son appréciation du procès que subirait la mère en Géorgie à la question de savoir si celui-ci serait équitable sur le plan procédural, plutôt qu'à celle de savoir si l'extradition serait injuste ou tyrannique, le ministre se trouve à éviter l'analyse appropriée. Étant donné les droits à la liberté en cause et le risque de responsabilité criminelle dans des circonstances non susceptibles d'entraîner une peine au Canada, il n'est pas suffisant de déterminer si le procès

defence is recognized in the requesting state is, on its face, the very sort of factor that makes surrender unjust or oppressive.

There is little demonstrable harm to the integrity of Canada's extradition process in finding it to be unjust or oppressive to extradite the mother of young children she rescued, at their request, from their abusive father. The harm, on the other hand, of depriving the children of their mother in these circumstances is profound and demonstrably unfair.

Cases Cited

By Cromwell J.

Discussed: *United States of America v. Ferras*, 2006 SCC 33, [2006] 2 S.C.R. 77; **referred to:** *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609; *Canada (Justice) v. Fischbacher*, 2009 SCC 46, [2009] 3 S.C.R. 170; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281; *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93; *R. v. Arcuri*, 2001 SCC 54, [2001] 2 S.C.R. 828; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802; *R. v. Charemski*, [1998] 1 S.C.R. 679; *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462; *McVey (Re)*, [1992] 3 S.C.R. 475; *R. v. Hynes*, 2001 SCC 82, [2001] 3 S.C.R. 623; *United States of America v. Kwok*, 2001 SCC 18, [2001] 1 S.C.R. 532; *R. v. Sazant*, 2004 SCC 77, [2004] 3 S.C.R. 635; *R. v. Russell*, 2001 SCC 53, [2001] 2 S.C.R. 804; *R. v. Deschamplain*, 2004 SCC 76, [2004] 3 S.C.R. 601; *Dubois v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 366; *United States of America v. Yang* (2001), 56 O.R. (3d) 52; *United States of America v. Graham*, 2007 BCCA 345, 243 B.C.A.C. 248; *France v. Diab*, 2014 ONCA 374, 120 O.R. (3d) 174; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. Burke*, [1996] 1 S.C.R. 474; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381; *United States of America v. Anderson*, 2007 ONCA 84, 85 O.R. (3d) 380; *R. v. Pires*, 2005 SCC 66, [2005] 3 S.C.R. 343; *United States of America v. Mach*, [2006] O.J. No. 3204 (QL); *United States of America v. Edwards*, 2011 BCCA 100, 306 B.C.A.C. 160; *Scarpitti v. United States of America*, 2007 BCCA 498, 247 B.C.A.C. 234; *United States of America v. Orphanou*, 2011 ONCA 612, 107 O.R. (3d) 365; *United States of America v. Ranga*, 2012 BCCA 81, 317 B.C.A.C. 207;

dans l'État requérant sera équitable sur le plan procédural. L'existence au Canada d'un moyen de défense prévu par la loi qui se rapporte directement à la criminalité, alors qu'aucun moyen de défense analogue n'est reconnu dans l'État requérant, représente, à première vue, le type même de facteur propre à rendre l'extradition injuste ou tyrannique.

Le préjudice que causerait à l'intégrité du processus canadien d'extradition le fait de conclure qu'il serait injuste ou tyrannique d'extrader une mère qui, à la demande de ses jeunes enfants, a soustrait ceux-ci à leur père violent est peu visible. Par ailleurs, le préjudice que subiraient les enfants privés de leur mère en pareilles circonstances est profond et manifestement inéquitable.

Jurisprudence

Citée par le juge Cromwell

Arrêt analysé : *États-Unis d'Amérique c. Ferras*, 2006 CSC 33, [2006] 2 R.C.S. 77; **arrêts mentionnés :** *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609; *Canada (Justice) c. Fischbacher*, 2009 CSC 46, [2009] 3 R.C.S. 170; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281; *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93; *R. c. Arcuri*, 2001 CSC 54, [2001] 2 R.C.S. 828; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802; *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679; *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462; *McVey (Re)*, [1992] 3 R.C.S. 475; *R. c. Hynes*, 2001 CSC 82, [2001] 3 R.C.S. 623; *États-Unis d'Amérique c. Kwok*, 2001 CSC 18, [2001] 1 R.C.S. 532; *R. c. Sazant*, 2004 CSC 77, [2004] 3 R.C.S. 635; *R. c. Russell*, 2001 CSC 53, [2001] 2 R.C.S. 804; *R. c. Deschamplain*, 2004 CSC 76, [2004] 3 R.C.S. 601; *Dubois c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 366; *United States of America c. Yang* (2001), 56 O.R. (3d) 52; *United States of America c. Graham*, 2007 BCCA 345, 243 B.C.A.C. 248; *France c. Diab*, 2014 ONCA 374, 120 O.R. (3d) 174; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. Burke*, [1996] 1 R.C.S. 474; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381; *United States of America c. Anderson*, 2007 ONCA 84, 85 O.R. (3d) 380; *R. c. Pires*, 2005 CSC 66, [2005] 3 R.C.S. 343; *United States of America c. Mach*, [2006] O.J. No. 3204 (QL); *United States of America c. Edwards*, 2011 BCCA 100, 306 B.C.A.C. 160; *Scarpitti c. United States of America*, 2007 BCCA 498, 247 B.C.A.C. 234; *United States of America c. Orphanou*, 2011 ONCA 612, 107 O.R. (3d) 365; *United States of America c. Ranga*, 2012 BCCA 81, 317 B.C.A.C. 207; *Canada (Attorney General)*

Canada (Attorney General) v. Bennett, 2014 BCCA 145, 353 B.C.A.C. 311; *United States of America v. Aneja*, 2014 ONCA 423, 120 O.R. (3d) 620; *United States of America v. U.A.S.*, 2013 BCCA 483, 344 B.C.A.C. 302; *Canada (Attorney General) v. Viscomi*, 2014 ONCA 879, 329 O.A.C. 47; *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2009 BCCA 94, 267 B.C.A.C. 155; *Singh v. Canada (Attorney General)*, 2007 BCCA 157, 238 B.C.A.C. 213; *Canada (Minister of Justice) v. Gorcyca*, 2007 ONCA 76, 220 O.A.C. 35; *United States of America v. Lorenz*, 2007 BCCA 342, 243 B.C.A.C. 219; *Canada (Attorney General) v. Sosa*, 2012 ABCA 242, 536 A.R. 61; *Canada (Attorney General) v. Aziz*, 2013 BCCA 414, 342 B.C.A.C. 305; *United States of America v. Doak*, 2015 BCCA 145, 323 C.C.C. (3d) 219; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864; *R. v. Dawson*, [1996] 3 S.C.R. 783; *R. v. Vokey*, 2005 BCCA 498, 217 B.C.A.C. 231; *R. v. Flick*, 2005 BCCA 499, 217 B.C.A.C. 237; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *United States of America v. Johnson* (2002), 62 O.R. (3d) 327; *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973; *R. v. Ryan*, 2013 SCC 3, [2013] 1 S.C.R. 14; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Canada (Minister of Justice) v. Thomson*, 2005 CanLII 5078; *Ganis v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 BCCA 543, 233 B.C.A.C. 243; *Savu v. Canada (Ministre de la Justice)*, 2013 QCCA 554; *United States of America v. Thornett*, 2014 BCCA 464, 363 B.C.A.C. 311; *United States v. Pakulski*, 2015 ONCA 539; *H. (H.) v. Deputy Prosecutor of the Italian Republic*, [2012] UKSC 25, [2013] 1 A.C. 338; *H. v. Lord Advocate*, [2012] UKSC 24, [2013] 1 A.C. 413; *Adam v. United States of America* (2003), 64 O.R. (3d) 268; *United States v. Pakulski*, 2014 ONCA 81; *United States of America v. Johnstone*, 2013 BCCA 2, 333 B.C.A.C. 107; *United States of America v. Fong* (2005), 193 C.C.C. (3d) 533.

By Abella J. (dissenting)

United States of America v. Ferras, 2006 SCC 33, [2006] 2 S.C.R. 77; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *United States of America v. Lépine*, [1994] 1 S.C.R. 286; *Canada (Justice) v. Fischbacher*, 2009 SCC 46, [2009] 3 S.C.R. 170; *Washington (State of) v. Johnson*, [1988] 1 S.C.R. 327; *McVey (Re)*, [1992] 3 S.C.R. 475; *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, 2000 SCC 48, [2000] 2 S.C.R. 519; *Thomson v. Thomson*, [1994] 3 S.C.R. 551; *Pollastro v. Pollastro* (1999), 43 O.R. (3d) 485; *In re D. (Abduction: Rights of Custody)*, [2006] UKHL 51, [2007] 1 A.C. 619; *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462;

c. Bennett, 2014 BCCA 145, 353 B.C.A.C. 311; *United States of America c. Aneja*, 2014 ONCA 423, 120 O.R. (3d) 620; *United States of America c. U.A.S.*, 2013 BCCA 483, 344 B.C.A.C. 302; *Canada (Attorney General) c. Viscomi*, 2014 ONCA 879, 329 O.A.C. 47; *Canada (Attorney General) c. Hislop*, 2009 BCCA 94, 267 B.C.A.C. 155; *Singh c. Canada (Attorney General)*, 2007 BCCA 157, 238 B.C.A.C. 213; *Canada (Minister of Justice) c. Gorcyca*, 2007 ONCA 76, 220 O.A.C. 35; *United States of America c. Lorenz*, 2007 BCCA 342, 243 B.C.A.C. 219; *Canada (Attorney General) c. Sosa*, 2012 ABCA 242, 536 A.R. 61; *Canada (Attorney General) c. Aziz*, 2013 BCCA 414, 342 B.C.A.C. 305; *United States of America c. Doak*, 2015 BCCA 145, 323 C.C.C. (3d) 219; *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864; *R. c. Dawson*, [1996] 3 R.C.S. 783; *R. c. Vokey*, 2005 BCCA 498, 217 B.C.A.C. 231; *R. c. Flick*, 2005 BCCA 499, 217 B.C.A.C. 237; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *United States of America c. Johnson* (2002), 62 O.R. (3d) 327; *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973; *R. c. Ryan*, 2013 CSC 3, [2013] 1 R.C.S. 14; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Canada (Minister of Justice) c. Thomson*, 2005 CanLII 5078; *Ganis c. Canada (Minister of Justice)*, 2006 BCCA 543, 233 B.C.A.C. 243; *Savu c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2013 QCCA 554; *United States of America c. Thornett*, 2014 BCCA 464, 363 B.C.A.C. 311; *United States c. Pakulski*, 2015 ONCA 539; *H. (H.) c. Deputy Prosecutor of the Italian Republic*, [2012] UKSC 25, [2013] 1 A.C. 338; *H. c. Lord Advocate*, [2012] UKSC 24, [2013] 1 A.C. 413; *Adam c. United States of America* (2003), 64 O.R. (3d) 268; *United States c. Pakulski*, 2014 ONCA 81; *United States of America c. Johnstone*, 2013 BCCA 2, 333 B.C.A.C. 107; *United States of America c. Fong* (2005), 193 C.C.C. (3d) 533.

Citée par la juge Abella (dissidente)

États-Unis d'Amérique c. Ferras, 2006 CSC 33, [2006] 2 R.C.S. 77; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *États-Unis d'Amérique c. Lépine*, [1994] 1 R.C.S. 286; *Canada (Justice) c. Fischbacher*, 2009 CSC 46, [2009] 3 R.C.S. 170; *Washington (État de) c. Johnson*, [1988] 1 R.C.S. 327; *McVey (Re)*, [1992] 3 R.C.S. 475; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, 2000 CSC 48, [2000] 2 R.C.S. 519; *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551; *Pollastro c. Pollastro* (1999), 43 O.R. (3d) 485; *In re D. (Abduction : Rights of Custody)*, [2006] UKHL 51, [2007] 1 A.C. 619; *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2

R. v. Latimer, 2001 SCC 1, [2001] 1 S.C.R. 3; *R. v. Ryan*, 2013 SCC 3, [2013] 1 S.C.R. 14; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536; *United States v. Allard*, [1987] 1 S.C.R. 564; *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281; *Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609; *United States of America v. Kwok*, 2001 SCC 18, [2001] 1 S.C.R. 532; *Caplin v. Canada (Justice)*, 2015 SCC 32, [2015] 2 S.C.R. 568; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *United States of America v. Taylor*, 2005 BCCA 440, 216 B.C.A.C. 137; *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167; *Provost v. Canada (Procureur général)*, 2015 QCCA 1172; *Kunze v. Canada (Minister of Justice)*, 2005 BCCA 87, 209 B.C.A.C. 32; *Canada (Minister of Justice) v. Thomson*, 2005 CanLII 5078; *Savu v. Canada (Ministre de la Justice)*, 2013 QCCA 554; *United States of America v. Lucero-Echegoyen*, 2013 BCCA 149, 336 B.C.A.C. 188; *Canada (Attorney General) v. Aziz*, 2013 BCCA 414, 342 B.C.A.C. 305; *United States of America v. Doak*, 2015 BCCA 145, 323 C.C.C. (3d) 219; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *A.B. v. Bragg Communications Inc.*, 2012 SCC 46, [2012] 2 S.C.R. 567; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code and the Young Offenders Act, S.C. 1993, c. 45, s. 6.
Act to amend the Criminal Code in relation to sexual offences and other offences against the person and to amend certain other Acts in relation thereto or in consequence thereof, S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 20.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 6(1), 7, 24(1).
Constitution Act, 1982.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 280 to 283, 282, 285 [formerly s. 250.4; ad. 1980-81-82-83, c. 125, s. 20].
Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23 [am. 1992, c. 13], s. 13.
Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, ss. 3(1), (2), 15(1), (3), 24(2), 29, 31 to 37, 32(1), 40, 42, 43(2), 44 to 47.
Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2 [repl. 2001, c. 27].
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27.
Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 2.1 [ad. SOR/93-44, s. 2].
 O.C.G.A., § 16-5-45(c)(1) (2011).

R.C.S. 462; *R. c. Latimer*, 2001 CSC 1, [2001] 1 R.C.S. 3; *R. c. Ryan*, 2013 CSC 3, [2013] 1 R.C.S. 14; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536; *États-Unis c. Allard*, [1987] 1 R.C.S. 564; *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281; *Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609; *États-Unis d'Amérique c. Kwok*, 2001 CSC 18, [2001] 1 R.C.S. 532; *Caplin c. Canada (Justice)*, 2015 CSC 32, [2015] 2 R.C.S. 568; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *United States of America c. Taylor*, 2005 BCCA 440, 216 B.C.A.C. 137; *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167; *Provost c. Canada (Procureur général)*, 2015 QCCA 1172; *Kunze c. Canada (Minister of Justice)*, 2005 BCCA 87, 209 B.C.A.C. 32; *Canada (Minister of Justice) c. Thomson*, 2005 CanLII 5078; *Savu c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2013 QCCA 554; *United States of America c. Lucero-Echegoyen*, 2013 BCCA 149, 336 B.C.A.C. 188; *Canada (Attorney General) c. Aziz*, 2013 BCCA 414, 342 B.C.A.C. 305; *United States of America c. Doak*, 2015 BCCA 145, 323 C.C.C. (3d) 219; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *A.B. c. Bragg Communications Inc.*, 2012 CSC 46, [2012] 2 R.C.S. 567; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 6(1), 7, 24(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 280 à 283, 282, 285 [auparavant art. 250.4; aj. 1980-81-82-83, c. 125, art. 20].
Loi constitutionnelle de 1982.
Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois, L.C. 1980-81-82-83, c. 125, art. 20.
Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les jeunes contrevenants, L.C. 1993, c. 45, art. 6.
Loi sur l'extradition, L.C. 1999, c. 18, art. 3(1), (2), 15(1), (3), 24(2), 29, 31 à 37, 32(1), 40, 42, 43(2), 44 à 47.
Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, c. E-23 [mod. 1992, c. 13], art. 13.
Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, c. I-2 [repl. 2001, c. 27].
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27.
 O.C.G.A., § 16-5-45(c)(1) (2011).
Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2.1 [aj. DORS/93-44, art. 2].

Treaties and Other International Instruments

- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221 [the *European Convention on Human Rights*], art. 8.
- Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, Can. T.S. 1983 No. 35, art. 13(b).
- Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, art. 19.
- Extradition Treaty between Canada and the United States of America*, Can. T.S. 1976 No. 3, arts. 2, 10.

Authors Cited

- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. XV, 3rd Sess., 34th Parl., May 6, 1993, p. 19017.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. XVII, 1st Sess., 32nd Parl., August 4, 1982, p. 20040.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 135, No. 135, 1st Sess., 36th Parl., October 8, 1998, p. 9006.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 135, No. 162, 1st Sess., 36th Parl., November 30, 1998, p. 10591.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Evidence*, No. 096, 1st Sess., 36th Parl., November 4, 1998 (online: <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1039051&Language=E&Mode=1&Parl=36&Ses=1>), 16:40.
- Canada. Minister of Justice and Attorney General. *Information on Bill C-127*. Ottawa: Department of Justice, 1983.
- Canada. Senate. *Debates of the Senate*, vol. IV, 3rd Sess., 34th Parl., June 16, 1993, p. 3536.
- Goldstein, Joseph, Anna Freud and Albert J. Solnit. *Beyond the Best Interests of the Child*, new ed. New York: Free Press, 1979.
- La Forest, Anne Warner. *La Forest's Extradition to and from Canada*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1991.
- Shearer, I. A. *Extradition in International Law*. Manchester: Manchester University Press, 1971.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

APPEAL from two judgments of the Quebec Court of Appeal (Thibault, Doyon and Dutil J.J.A.), 2014 QCCA 681, [2014] AZ-51061285, [2014] Q.J. No. 2910 (QL), 2014 CarswellQue 3081 (WL Can.),

Traité et autres instruments internationaux

- Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221 [la *Convention européenne des droits de l'homme*], art. 8.
- Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 19.
- Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, R.T. Can. 1983 n° 35, art. 13(b).
- Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, R.T. Can. 1976 n° 3, art. 2, 10.

Doctrine et autres documents cités

- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, n° 096, 1^{re} sess., 36^e lég., 4 novembre 1998 (en ligne : <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1039051&Mode=1&Parl=36&Ses=1&Language=F>), 16:40.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. XV, 3^e sess., 34^e lég., 6 mai 1993, p. 19017.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. XVII, 1^{re} sess., 32^e lég., 4 août 1982, p. 20040.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 135, n° 135, 1^{re} sess., 36^e lég., 8 octobre 1998, p. 9006.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 135, n° 162, 1^{re} sess., 36^e lég., 30 novembre 1998, p. 10591.
- Canada. Ministre de la Justice et procureur général. *Documentation sur le projet de loi C-127*, Ottawa, Ministère de la Justice, 1983.
- Canada. Sénat. *Débats du Sénat*, vol. IV, 3^e sess., 34^e lég., 16 juin 1993, p. 3536.
- Goldstein, Joseph, Anna Freud and Albert J. Solnit. *Beyond the Best Interests of the Child*, new ed., New York, Free Press, 1979.
- La Forest, Anne Warner. *La Forest's Extradition to and from Canada*, 3rd ed., Aurora (Ont.), Canada Law Book, 1991.
- Shearer, I. A. *Extradition in International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1971.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, Toronto, Butterworths, 1992.

POURVOI contre deux arrêts de la Cour d'appel du Québec (les juges Thibault, Doyon et Dutil), 2014 QCCA 681, [2014] AZ-51061285, [2014] Q.J. No. 2910 (QL), 2014 CarswellQue 3081 (WL Can.),

dismissing an application for judicial review of a surrender order made by the Minister of Justice; and (Morissette, Gagnon and Gascon JJ.A.), 2012 QCCA 1142, [2012] AZ-50866680, [2012] Q.J. No. 5896 (QL), 2012 CarswellQue 6422 (WL Can.), setting aside a decision of Cohen J., 2011 QCCS 4800, [2011] AZ-50778075, [2011] Q.J. No. 12453 (QL), 2011 CarswellQue 9861 (WL Can.). Appeal dismissed, Abella, Karakatsanis and Côté JJ. dissenting.

Julius H. Grey, Cornelia Herta-Zvezdin, Clemente Monterosso and Iris Simixhiu, for the appellant.

Ginette Gobeil and Diba Majzub, for the respondent.

John Norris and Meara Conway, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Brent Olthuis, Greg J. Allen and Michael Sobkin, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

The judgment of McLachlin C.J. and Cromwell, Moldaver and Wagner JJ. was delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] The extradition process serves two important objectives: the prompt compliance with Canada's international obligations to our extradition partners, and the protection of the rights of the person sought. The latter objective places important limits on when extradition can be ordered. The appellant in this case says that these limits should prevent her extradition to the state of Georgia to face child abduction charges. She claims that she would have a good defence if prosecuted in Canada, that there is no comparable defence in Georgia, and that extraditing her would be contrary to the best interests of her children.

qui a rejeté la demande de contrôle judiciaire visant l'arrêté d'extradition pris par le ministre de la Justice; et (les juges Morissette, Gagnon et Gascon), 2012 QCCA 1142, [2012] AZ-50866680, [2012] Q.J. No. 5896 (QL), 2012 CarswellQue 6422 (WL Can.), qui a infirmé une décision de la juge Cohen, 2011 QCCS 4800, [2011] AZ-50778075, [2011] Q.J. No. 12453 (QL), 2011 CarswellQue 9861 (WL Can.). Pourvoi rejeté, les juges Abella, Karakatsanis et Côté sont dissidentes.

Julius H. Grey, Cornelia Herta-Zvezdin, Clemente Monterosso et Iris Simixhiu, pour l'appelante.

Ginette Gobeil et Diba Majzub, pour l'intimé.

John Norris et Meara Conway, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Brent Olthuis, Greg J. Allen et Michael Sobkin, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Cromwell, Moldaver et Wagner rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[1] La procédure d'extradition comporte deux objectifs importants, soit s'acquitter avec diligence des obligations internationales du Canada envers ses partenaires et protéger les droits de la personne dont l'extradition est demandée (« l'intéressé »). Ce dernier objectif apporte d'importantes limites à la faculté d'ordonner l'extradition. Dans la présente affaire, l'appelante fait valoir que ces limites devraient faire obstacle à son extradition dans l'État de la Géorgie pour y répondre à des accusations d'enlèvement d'enfants. Elle soutient que si elle était poursuivie au Canada, elle disposerait d'un moyen de défense valable, qu'un moyen équivalent n'existe pas en Géorgie et que son extradition irait à l'encontre de l'intérêt supérieur de ses enfants.

[2] The first limit on which the appellant relies is that a person will not be extradited unless a Canadian judge finds that there is a case to meet against him or her. The appellant maintains that this requirement is not met here because she has a good defence to the charges and the evidence against her is weak. But the appellant's position is based on a misconception of the extradition judge's role. Fairness in extradition requires only that the judge find that there is evidence of conduct that, had it occurred in Canada, "would justify committal for trial": *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18, s. 29(1)(a). The extradition judge is not to consider defences or weigh conflicting evidence other than in limited circumstances that do not exist here. The appellant in effect wants to turn the extradition process into a trial. But the extradition process is not a trial and, as the Court said nearly three decades ago, it should never be permitted to become one: *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, at p. 515.

[3] The appellant also invokes a second limit. At the ministerial phase of the extradition process, the Minister of Justice must not surrender a person for extradition if this would be unjust or oppressive: *Extradition Act*, s. 44. As I will explain, the appellant is right to say that potential defences and the best interests of her children are relevant to the Minister's decision making and can be considered by the Minister. But, in this case, the Minister's decision to send the appellant to Georgia for trial was reasonable, notwithstanding the appellant's arguments.

[4] It will become obvious that I take a markedly different view than my colleague Abella J. of both the content of the record and of the governing legal principles. As I see it, my colleague's reasons propose to turn extradition hearings into trials. But the implications of that approach compellingly demonstrate why this should not be done.

[2] Suivant la première limite qu'invoque l'appelante, une personne ne peut être extradée que si un juge canadien conclut qu'il existe une preuve complète contre elle. L'appelante prétend que cette condition n'est pas remplie en l'espèce en ce qu'elle peut opposer un moyen de défense valable aux accusations et que la preuve invoquée contre elle est faible. Or, sa thèse s'appuie sur une conception erronée du rôle du juge d'extradition. L'équité exige seulement que ce dernier estime qu'il existe une preuve d'actes qui, s'ils avaient été commis au Canada, « justifi[eraient] [le] renvoi à procès » (*Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, c. 18, al. 29(1)a)). Le juge d'extradition n'a pas à se pencher sur des moyens de défense ou à soupeser des preuves contradictoires, sauf dans quelques circonstances qui n'existent pas en l'espèce. L'appelante veut en fait transformer la procédure d'extradition en procès. Or, la procédure d'extradition ne constitue pas un procès et, comme l'a statué notre Cour il y a près de trois décennies, on ne doit jamais permettre qu'elle en devienne un (*Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, p. 515).

[3] La seconde limite invoquée par l'appelante réside dans le fait que, à l'étape ministérielle de la procédure d'extradition, le ministre de la Justice doit refuser d'extrader la personne lorsque la mesure serait injuste ou tyrannique (*Loi sur l'extradition*, art. 44). Comme je l'explique plus loin, l'appelante a raison de dire que les moyens de défense possibles et l'intérêt supérieur des enfants importent à cette étape et que le ministre peut en tenir compte. Cependant, en l'espèce, la décision du ministre de renvoyer l'appelante en Géorgie pour qu'elle y subisse son procès est raisonnable, malgré ce que prétend l'appelante.

[4] Comme le montrent les motifs qui suivent, je me dissocie nettement de l'opinion de ma collègue la juge Abella tant pour ce qui concerne la teneur du dossier que les principes de droit applicables. J'estime que ce que ma collègue propose dans ses motifs revient à faire un procès de l'audience relative à l'extradition. Or, il suffit de considérer les répercussions de son approche pour comprendre qu'elle ne doit pas être retenue.

II. Facts and Issues

[5] The appellant is the mother of three children, a boy and two girls who were respectively 18, 15 and 13 at the time this appeal was heard. The family was living in Georgia when the parents separated and divorced. The Georgia courts awarded the father sole custody of the three children in June 2008. The appellant was given no visitation rights and was permitted no further contact with the children.

[6] In October 2010, the father reported the children missing. That December, Georgia police located the appellant and her children in a battered women's shelter in Quebec. She was arrested and initially denied bail pending her committal hearing. In February 2011, the U.S., on behalf of Georgia, sought her extradition to face prosecution in Georgia for interstate interference with custody. Later that same month, the Minister of Justice issued an Authority to Proceed ("ATP") with extradition, listing the corresponding Canadian offences of abduction in contravention of a custody order (s. 282(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46) and abduction of a person under 16 (s. 280(1) of the *Criminal Code*). The children were placed in a foster family following a judgment from the Court of Québec: *Protection de la jeunesse — 113190*, 2011 QCCQ 11853 (Lise Gagnon J.C.Q., May 26, 2011).

[7] In an oral decision rendered June 8, 2011 (with written reasons dated June 20), the Quebec Superior Court granted the appellant bail pending her committal hearing and, in an oral decision on July 8, 2011 (with written reasons dated August 10), dismissed the application for committal for extradition: 2011 QCCS 4800. On June 15, 2012, the Quebec Court of Appeal set aside the Superior Court's order of discharge and ordered the appellant's committal for extradition: 2012 QCCA 1142. On November 28,

II. Faits et questions en litige

[5] L'appelante est mère de trois enfants — un garçon et deux filles — qui étaient respectivement âgés de 18, 15 et 13 ans le jour de l'audition du pourvoi. La famille vivait en Géorgie lorsque les parents se sont séparés, puis ont divorcé. En juin 2008, un tribunal de cet État a accordé au père la garde exclusive des trois enfants. L'appelante n'a obtenu aucun droit de visite, et tout autre contact avec les enfants lui a été interdit.

[6] En octobre 2010, le père a signalé la disparition des enfants. En décembre de la même année, la police de la Géorgie a découvert que l'appelante et ses enfants se trouvaient au Québec, dans un refuge pour femmes battues. L'appelante a été arrêtée et sa demande de mise en liberté sous caution jusqu'à l'audience relative à son incarcération a d'abord été rejetée. En février 2011, les États-Unis ont demandé, au nom de l'État de la Géorgie, l'extradition de l'appelante en vue de sa poursuite en Géorgie pour violation d'une ordonnance de garde à l'extérieur de l'État (*interstate interference with custody*). Plus tard le même mois, le ministre de la Justice a pris un arrêté introductif d'instance (« AII ») dans lequel il énumérait les infractions canadiennes correspondantes, soit l'enlèvement en contravention avec une ordonnance de garde (par. 282(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46) et l'enlèvement d'une personne âgée de moins de 16 ans (par. 280(1) du *Code criminel*). Les enfants ont été confiés à un foyer d'accueil conformément au jugement de la Cour du Québec (*Protection de la jeunesse — 113190*, 2011 QCCQ 11853 (la juge Lise Gagnon, 26 mai 2011)).

[7] Dans une décision rendue oralement le 8 juin 2011 (suivie de motifs écrits datés du 20 juin), la Cour supérieure du Québec a fait droit à la demande de mise en liberté sous caution de l'appelante jusqu'à l'audience relative à l'incarcération puis, dans une décision rendue oralement le 8 juillet 2011 (suivie de motifs écrits datés du 10 août), elle a rejeté la demande d'incarcération en vue de l'extradition (2011 QCCS 4800). Le 15 juin 2012, la Cour d'appel du Québec a annulé l'ordonnance

2012, the Minister of Justice ordered the appellant's surrender for extradition and, on April 4, 2014, the Court of Appeal dismissed the appellant's application for judicial review of the Minister's decision: 2014 QCCA 681. The most recent information that we have about the children is that the Minister understood that they had been returned to the appellant's care in June 2011 following her release on bail.

[8] The appellant appeals both the committal and the surrender orders.

III. Analysis

A. *Introduction*

[9] The appellant raises issues with respect to both the committal process and the surrender process. With respect to committal, the appellant submits that the Court of Appeal took too narrow a view of the extradition judge's role at the committal hearing. Her submissions revolve around two main questions:

- (1) Should the extradition judge consider evidence about possible defences and other exculpatory circumstances in deciding whether to commit for extradition?
- (2) Applying the appropriate legal test for committal, did the evidence justify committal?

[10] These two questions relate to some of the fundamental principles of extradition law. The first concerns the double criminality requirement of extradition — that the conduct alleged against the appellant must be criminal had it been committed in Canada. The second concerns the extradition judge's role in assessing the weight to be given to the evidence relied on to support committal. This latter question was the subject of the Court's decision in *United States of America v. Ferras*, 2006 SCC 33, [2006] 2 S.C.R. 77, which has received varied

de mise en liberté et ordonné l'incarcération de l'appelante en vue de son extradition (2012 QCCA 1142). Le 28 novembre 2012, le ministre de la Justice a ordonné l'extradition de l'appelante puis, le 4 avril 2014, la Cour d'appel a rejeté la demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre présentée par l'appelante (2014 QCCA 681). Selon les renseignements les plus récents communiqués au ministre, les enfants auraient été rendus à l'appelante en juin 2011 après sa mise en liberté sous caution.

[8] L'appelante se pourvoit devant notre Cour contre l'ordonnance d'incarcération et l'arrêté d'extradition.

III. Analyse

A. *Introduction*

[9] L'appelante soulève des questions concernant tant la procédure relative à l'incarcération que celle relative à l'arrêté d'extradition. En ce qui concerne l'incarcération, elle soutient que la Cour d'appel conçoit de façon trop restrictive le rôle du juge d'extradition à l'audience. Sa thèse est axée sur deux grandes questions :

- (1) Le juge d'extradition doit-il considérer la preuve d'éventuels moyens de défense et d'autres éléments disculpatoires pour décider s'il y a lieu ou non d'ordonner l'incarcération en vue de l'extradition?
- (2) La preuve justifiait-elle l'incarcération eu égard au critère juridique applicable?

[10] Ces deux questions font intervenir certains principes fondamentaux du droit de l'extradition. La première touche l'exigence de la double incrimination — la conduite reprochée à l'appelante doit constituer un crime au Canada. La seconde touche le rôle du juge d'extradition lorsqu'il s'agit d'apprécier l'importance d'un élément de preuve invoqué en faveur de l'incarcération. Notre Cour s'est prononcée sur ce dernier point dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Ferras*, 2006 CSC 33, [2006] 2 R.C.S. 77, lequel a été interprété de différentes manières par

treatment by our appellate courts. This appeal provides an opportunity to clarify and further develop the law in relation to the committal process.

[11] With respect to the Minister’s surrender decision, the appellant raises two main issues concerning the question of whether the Minister’s decision was unreasonable:

- (1) Did the Minister fail to give appropriate consideration to the fact that a defence potentially available to the appellant under Canadian law is not available under the law of the requesting state?
- (2) Did the Minister fail to give appropriate consideration to the effect of extradition on the best interests of the appellant’s children?

[12] These issues relate to the Minister’s obligation to refuse surrender where extradition would be “unjust or oppressive” (*Extradition Act*, s. 44(1)(a)) or where extradition would unjustifiably limit the rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* of the person sought for extradition. They also raise questions about how the committal and surrender phases of the extradition process relate to each other.

[13] Before turning to my analysis of these issues, it will be helpful to put them in the context of the purposes and scheme of our extradition law.

B. *Fundamental Principles of Extradition Law*

(1) Introduction

[14] Extradition law starts with a basic principle: while a person is in a country, he or she is subject to that country’s criminal law and should expect to be answerable to it (*United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283, at para. 72). Extradition is the process by which one state assists another in putting that principle into practice. The *Extradition Act* implements, through domestic law, Canada’s international obligations to surrender persons found here so that they will face prosecution, or serve sentences imposed, in another country (I will limit my brief review here to extraditions which are sought

nos juridictions d’appel. Le présent pourvoi offre l’occasion de clarifier le droit applicable à l’incarcération en vue de l’extradition et de l’étoffer.

[11] En ce qui a trait à la décision du ministre d’ordonner l’extradition, l’appelante soulève principalement deux points concernant le caractère raisonnable ou déraisonnable de cette décision :

- (1) Le ministre a-t-il omis de prendre dûment en compte l’inexistence dans l’État requérant d’un moyen de défense que le droit canadien pourrait offrir à l’appelante?
- (2) Le ministre a-t-il omis de prendre dûment en compte l’effet de l’extradition sur l’intérêt supérieur des enfants de l’appelante?

[12] Ces points se rattachent à l’obligation du ministre de refuser d’extrader une personne lorsque la mesure serait « injuste ou tyrannique » (*Loi sur l’extradition*, al. 44(1)a)) ou qu’elle limiterait de façon injustifiable les droits que la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à l’intéressé. Ils soulèvent également des interrogations sur l’interaction entre l’étape de l’incarcération et celle de l’arrêté d’extradition.

[13] Avant d’entreprendre leur analyse, il m’apparaît utile de les situer dans le contexte des objectifs et de l’économie de notre régime d’extradition.

B. *Principes fondamentaux du droit de l’extradition*

(1) Introduction

[14] Tout régime d’extradition repose au départ sur le principe élémentaire selon lequel une personne est assujettie au droit criminel du pays où elle se trouve et doit s’attendre à devoir répondre de sa conduite devant la justice de ce pays (*États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283, par. 72). L’extradition est la mesure par laquelle un État collabore avec un autre dans l’application de ce principe. La *Loi sur l’extradition* met en œuvre, au moyen du droit interne, les obligations internationales du Canada qui consistent à extrader une personne qui se trouve au pays afin qu’elle soit

for prosecution). Of course, Canada's international obligations to surrender for extradition are subject to various conditions.

[15] Extradition serves pressing and substantial Canadian objectives: protecting the public against crime through its investigation; bringing fugitives to justice for the proper determination of their criminal liability; and ensuring, through international cooperation, that national boundaries do not serve as a means of escape from the rule of law (*Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609, at para. 10). To achieve these pressing and substantial objectives, our extradition process is founded on the principles of "reciprocity, comity and respect for differences in other jurisdictions": *Canada (Justice) v. Fischbacher*, 2009 SCC 46, [2009] 3 S.C.R. 170, at para. 51, per Charron J. for a majority of the Court, quoting *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, at p. 844, per McLachlin J. (as she then was). These principles "are foundational to the effective operation of the extradition process" (*Fischbacher*, at para. 51) and mandate the prompt execution of Canada's international obligations.

[16] That said, the rights and interests of persons sought for extradition must be protected. This requires a careful balancing of the broader purposes of extradition with those individual rights and interests. Extradition is a three-phase process and, at each stage, concern to balance these interests is apparent. Also underlying all three phases is the broad principle of double criminality, that is, the principle that Canada should not extradite a person to face punishment in another country for conduct that would not be criminal in Canada.

[17] This broad principle of double criminality is expressed in s. 3(1)(b) of the *Extradition Act*: "A person may be extradited from Canada" if "the conduct

poursuivie par la justice d'un autre pays ou qu'elle y purge la peine à laquelle elle y est condamnée (mon bref examen ne porte en l'espèce que sur l'extradition en vue d'une poursuite). L'exécution des obligations internationales du Canada en matière d'extradition est évidemment assujettie à différentes conditions.

[15] L'extradition permet de répondre à des objectifs canadiens urgents et réels, à savoir protéger le public contre le crime par la tenue d'enquêtes, traduire en justice un fugitif pour statuer régulièrement sur sa responsabilité criminelle et, grâce à la collaboration internationale, empêcher que le franchissement des frontières nationales permette à une personne de se soustraire à la justice (*Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609, par. 10). Afin d'atteindre ces objectifs urgents et réels, notre procédure d'extradition s'appuie sur les principes de « réciprocité, de courtoisie et de respect des différences dans d'autres ressorts » (*Canada (Justice) c. Fischbacher*, 2009 CSC 46, [2009] 3 R.C.S. 170, par. 51, la juge Charron au nom des juges majoritaires, citant *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, p. 844, la juge McLachlin (aujourd'hui Juge en chef)). Ces principes « sont essentiels au bon fonctionnement de la procédure d'extradition » (*Fischbacher*, par. 51) et obligent le Canada à s'acquitter avec diligence de ses obligations internationales.

[16] Cela dit, les droits et les intérêts de l'intéressé doivent être protégés, d'où la nécessité d'établir un juste équilibre entre les objectifs généraux de l'extradition et les droits et les intérêts de l'intéressé. La procédure d'extradition comporte trois étapes et, à chacune d'elles, le souci d'un tel équilibre est manifeste. Le principe général de la double incrimination selon lequel le Canada devrait refuser d'extrader une personne vers un pays où elle risque d'être punie pour un acte qui n'est pas criminel au Canada sous-tend également chacune des trois étapes de la procédure.

[17] Le principe général de la double incrimination est formulé à l'al. 3(1)b) de la *Loi sur l'extradition* : « Toute personne peut être extradée du

of the person, had it occurred in Canada, would have constituted an offence that is punishable in Canada”. This broad principle, however, is given more precise meaning and is applied in more precise ways by other provisions of the *Extradition Act*. The *Extradition Act*, of course, must be read as a whole and the broad words of s. 3(1)(b) must be understood in light of the more specific provisions.

[18] At the first two phases of the extradition process, the *Extradition Act* addresses double criminality in express statutory terms. At the third, the rationale underlying the broad principle of double criminality informs the exercise of the Minister’s power to refuse surrender for extradition where surrender would be “unjust or oppressive” under s. 44(1)(a) of the *Extradition Act*.

(2) The First Phase: the Authority to Proceed (“ATP”)

[19] The first phase of the extradition process relates to receipt of an extradition request from a foreign state and the decision of the Minister of Justice whether to proceed with it by issuing an ATP. The Minister’s role is to satisfy him- or herself that two basic requirements for extradition are met. The first is that, subject to any relevant extradition agreement, the offence for which extradition is sought is punishable in the requesting state for a maximum term of two years or more or by a more severe punishment: ss. 15(1) and 3(1)(a) of the *Extradition Act*. The second is to identify the Canadian offence or offences that would make the alleged conduct criminal in Canada. The *Extradition Act* directs that it is not relevant that the alleged conduct under foreign law “is named, defined or characterized . . . in the same way as it is in Canada”: s. 3(2).

[20] At this stage in the process, the Minister is concerned in part with the foreign law aspect of the double criminality principle: he or she must be satisfied, among other things, that the offence for which extradition is sought is criminal in the requesting

Canada » si « l’ensemble de ses actes aurait constitué, s’ils avaient été commis au Canada, une infraction sanctionnée aux termes du droit canadien ». D’autres dispositions de la *Loi sur l’extradition* précisent toutefois sa portée et l’appliquent de manières plus précises. Il va de soi que la *Loi sur l’extradition* doit être interprétée globalement et que le libellé général de son al. 3(1)(b) doit l’être à la lumière de ses dispositions plus particulières.

[18] Pour les deux premières étapes de la procédure d’extradition, la *Loi sur l’extradition* renvoie expressément à la double incrimination. Pour la troisième, la raison d’être du principe général de la double incrimination oriente l’exercice par le ministre de son pouvoir de refuser l’extradition lorsqu’elle serait « injuste ou tyrannique » au sens de l’al. 44(1)(a) de la *Loi sur l’extradition*.

(2) La première étape : l’arrêté introductif d’instance (« AII »)

[19] La première étape de la procédure d’extradition correspond à la réception de la demande d’extradition de l’État étranger et à la décision du ministre de la Justice d’y donner suite ou non par la prise d’un AII. Le rôle du ministre consiste alors à s’assurer qu’il est satisfait à deux conditions fondamentales. Premièrement, sous réserve de tout accord applicable, l’infraction alléguée dans la demande d’extradition est sanctionnée, dans l’État requérant, par une peine d’emprisonnement d’au plus deux ans ou par une peine plus sévère (par. 15(1) et al. 3(1)(a) de la *Loi sur l’extradition*). Deuxièmement, la ou les infractions canadiennes qui correspondraient à la conduite criminelle reprochée sont précisées. La *Loi sur l’extradition* dispose que « la concordance entre l’appellation juridique, la désignation, la classification ou la définition donnée à l’ensemble des actes de l’intéressé par le droit canadien et celle donnée [. . .] n’est pas prise en compte » (par. 3(2)).

[20] À cette étape de la procédure, l’examen porte en partie sur le volet étranger du principe de la double incrimination : le ministre doit notamment être convaincu que l’infraction pour laquelle l’extradition est demandée est de nature criminelle

state. The Minister is also concerned with aspects of domestic criminal law because he or she must identify the corresponding Canadian offences: s. 15(3)(c) of the *Extradition Act*; *Fischbacher*, at para. 27.

[21] In this case, the requesting state sought extradition for the Georgia offence of interstate interference with custody, in violation of § 16-5-45(c) (1) of the *Official Code of Georgia Annotated*. The Minister issued an ATP stating that the Canadian offences which correspond to the alleged conduct are abduction in contravention of a custody order (s. 282(1) of the *Criminal Code*) and abduction of a person under 16 (s. 280(1) of the *Criminal Code*).

(3) The Second Phase: Judicial Committal or Discharge

[22] If, as here, the Minister issues an ATP, the extradition moves to the committal phase. This phase plays an important, although carefully circumscribed, role in protecting the rights of the person sought. That role is defined by s. 29(1)(a) and (3) of the *Extradition Act*. The extradition judge is to determine two things: (1) whether “there is evidence admissible under this Act of conduct that, had it occurred in Canada, would justify committal for trial in Canada on the offence set out in the authority to proceed”; and (2) “that the person [before the court] is the person sought by the extradition partner” (s. 29(1)(a)). Committal is ordered if the judge finds that these conditions exist; if not, the person must be discharged: s. 29(1)(a) and (3). This means that the requesting state must show that it has evidence available for trial that would justify committal for trial in Canada for the Canadian offences specified in the ATP.

[23] It is important to understand that s. 29(1)(a) codifies and defines the role of the extradition judge with respect to the double criminality principle. That role is not defined by the broad principle of double criminality enunciated in s. 3(1)(b). Rather, s. 29(1)(a) is a specific provision which addresses

dans l'État requérant. Il se penche également sur certains aspects du droit criminel interne dans la mesure où il doit déterminer la ou les infractions canadiennes correspondantes (al. 15(3)(c) de la *Loi sur l'extradition*; *Fischbacher*, par. 27).

[21] Dans la présente affaire, l'État requérant sollicite l'extradition pour violation d'une ordonnance de garde à l'extérieur de son territoire, une infraction prévue au § 16-5-45c(1) de l'*Official Code of Georgia Annotated*. Le ministre a pris un AII en précisant que les infractions canadiennes correspondant aux faits reprochés sont l'enlèvement en contravention avec une ordonnance de garde (par. 282(1) du *Code criminel*) et l'enlèvement d'une personne âgée de moins de 16 ans (par. 280(1) du *Code criminel*).

(3) La deuxième étape : l'ordonnance d'incarcération ou la libération

[22] Lorsque, comme en l'espèce, le ministre prend un AII, l'étape suivante est l'incarcération. Cette étape joue un rôle important, mais soigneusement circonscrit, dans la protection des droits de l'intéressé. Ce rôle est défini par l'al. 29(1)a) et le par. 29(3) de la *Loi sur l'extradition*. Le juge d'extradition s'assure de deux choses : (1) « la preuve — admissible en vertu de la présente loi — des actes justifierait, s'ils avaient été commis au Canada, [le] renvoi [de la personne] à procès au Canada relativement à l'infraction mentionnée dans l'AII » et (2) « la personne qui comparaît [devant lui] est celle qui est recherchée par le partenaire » (al. 29(1)a)). Le juge ordonne l'incarcération s'il est convaincu que ces conditions sont réunies, à défaut de quoi, il libère l'intéressé (al. 29(1)a) et par. 29(3)). L'État requérant doit donc démontrer qu'il dispose d'éléments de preuve qui justifieraient le renvoi de l'intéressé à procès au Canada relativement aux infractions canadiennes mentionnées dans l'AII.

[23] Il importe de bien saisir que l'al. 29(1)a) intègre à la loi et définit le rôle du juge d'extradition en ce qui a trait à la double incrimination. Ce n'est pas le principe général de la double incrimination énoncé à l'al. 3(1)b) qui le définit. L'alinéa 29(1)a) constitue en fait une disposition

and exhaustively defines the extradition judge's role. In my respectful view, the failure to recognize this is a fatal flaw in the appellant's position in relation to the role of the extradition judge.

[24] The appellant submits that the role of the extradition judge must be conceived of much more broadly than the role of the preliminary inquiry justice. As discussed below, I must reject this submission.

(4) The Third Phase: Ministerial Surrender or Refusal to Surrender for Extradition

[25] If the extradition judge orders committal, the case moves back to the Minister to exercise the power under s. 40 of the *Extradition Act* to surrender or to refuse to surrender the person sought. This phase of the process, while of course subject to the requirements of the statute and the *Charter*, is essentially political in nature. In carrying out his or her duties, the Minister must take into account Canada's international obligations and the requirement to act as a responsible member of the international community in responding to a request by an extradition partner: see, e.g., *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281, at para. 64.

[26] The *Extradition Act* provides a number of bases on which the Minister may or must refuse surrender: ss. 44 to 47. The provision relevant to this appeal provides that the Minister must refuse surrender if “the surrender would be unjust or oppressive having regard to all the relevant circumstances”: s. 44(1)(a). The jurisprudence holds that the Minister must also refuse surrender where the consequences of surrender would be contrary to the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* or, in the case of a Canadian citizen, be an unjustified infringement of the right to remain in Canada guaranteed by s. 6(1) of the *Charter*. In exercising this power, the Minister must consider, when relevant, the best interests of children who are or may be affected by the extradition and whether there is a significant difference in jeopardy between

d'application particulière qui porte sur le rôle du juge d'extradition et définit ce rôle de manière complète. À mon humble avis, l'omission de l'appelante de le reconnaître commande le rejet de sa thèse quant au rôle du juge d'extradition.

[24] L'appelante soutient que l'on doit concevoir le rôle du juge d'extradition bien plus largement que celui du juge qui préside l'enquête préliminaire. Comme je l'explique ci-après, je dois rejeter cette prétention.

(4) La troisième étape : l'arrêté d'extradition ou le refus d'extrader

[25] Lorsque le juge d'extradition ordonne l'incarcération, le ministre est à nouveau saisi du dossier et appelé à exercer le pouvoir que lui confère l'art. 40 de la *Loi sur l'extradition* d'ordonner l'extradition de l'intéressé ou de la refuser. Bien qu'elle soit évidemment assujettie aux exigences du texte législatif et de la *Charte*, cette étape de la procédure d'extradition revêt un caractère essentiellement politique. Dans l'exercice de ses fonctions, le ministre doit prendre en compte les obligations internationales du Canada et la nécessité de donner suite à la demande d'extradition du partenaire comme doit le faire tout membre responsable de la communauté internationale (voir p. ex. *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281, par. 64).

[26] La *Loi sur l'extradition* énumère un certain nombre de motifs pour lesquels le ministre peut ou doit refuser l'extradition (art. 44 à 47). Suivant la disposition pertinente en l'espèce, le ministre peut refuser l'extradition qui « serait injuste ou tyrannique compte tenu de toutes les circonstances » (al. 44(1)a)). Selon la jurisprudence, le ministre doit également refuser l'extradition lorsque les conséquences de celle-ci iraient à l'encontre des principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte* ou, dans le cas d'un citoyen canadien, lorsqu'elles constitueraient une atteinte injustifiée au droit de demeurer au Canada garanti au par. 6(1) de la *Charte*. Lorsqu'il exerce ce pouvoir, le ministre doit tenir compte de l'intérêt supérieur des enfants, s'il en est, qui sont touchés ou susceptibles d'être touchés par l'extradition et se demander s'il

domestic and foreign law. With respect to this latter consideration, the rationale of the broad principle of double criminality may inform the Minister's exercise of this authority to refuse surrender if there are defences available in Canada that are not available in the requesting state.

C. *Appeal From Committal for Extradition*

(1) Issues and Overview

[27] The committal appeal raises two main issues:

- (1) Should the extradition judge consider evidence about possible defences and other exculpatory circumstances in deciding whether to commit for extradition?
- (2) Applying the appropriate legal test for committal, did the evidence justify committal?

[28] As I will explain, my view is that the extradition judge applied incorrect principles in relation to the double criminality requirement and her role in assessing the reliability of the evidence before her. She also erred, in my respectful view, in concluding that the evidence in the certified record of the case ("ROC") was insufficient to require committal. The Court of Appeal was correct to set aside the appellant's discharge and to order her committal for extradition.

(2) First Issue: Exculpatory Evidence and Defences at the Committal Stage

(a) *Decisions and Submissions*

(i) Extradition Judge

[29] In opposing committal, the appellant sought admission of a great deal of evidence to show that

existe un écart important entre le droit étranger et le droit interne en ce qui concerne le péril auquel s'expose l'intéressé. À cet égard, la raison d'être du principe général de la double incrimination peut jouer dans l'exercice du pouvoir du ministre de refuser l'extradition lorsque des moyens de défense qui pourraient être invoqués au Canada n'existent pas dans l'État requérant.

C. *Pourvoi contre l'ordonnance d'incarcération en vue de l'extradition*

(1) Questions en litige et vue d'ensemble

[27] Le pourvoi contre l'ordonnance d'incarcération soulève principalement deux questions :

- (1) Le juge d'extradition devrait-il considérer la preuve d'éventuels moyens de défense et d'autres éléments disculpatoires pour décider s'il y a lieu ou non d'ordonner l'incarcération en vue de l'extradition?
- (2) La preuve justifiait-elle l'incarcération eu égard au critère juridique applicable?

[28] Comme je l'explique plus loin, j'estime que la juge d'extradition n'applique pas les bons principes en ce qui concerne l'exigence de la double incrimination et le rôle du juge d'extradition dans l'appréciation de la fiabilité de la preuve offerte. À mon humble avis, elle a également tort de conclure que la preuve versée au dossier d'extradition certifié (« DEC ») est insuffisante pour justifier l'incarcération. C'est à bon droit que la Cour d'appel annule la libération de l'appelante et ordonne son incarcération en vue de son extradition.

(2) Première question : examen d'éléments de preuve disculpatoires et de moyens de défense à l'étape de l'audience relative à l'incarcération

a) *Décisions et arguments*

(i) La juge d'extradition

[29] Pour s'opposer à son incarcération, l'appelante a sollicité l'admission d'un grand nombre

she had not abducted the children but that they had run away from their father, at whose hands they suffered physical and mental abuse, and that the appellant harboured the children for their protection. Despite counsel for the requesting state's opposition, the extradition judge admitted most of the evidence, holding that it was relevant and sufficiently reliable to be admissible.

[30] The extradition judge then considered whether the requesting state's evidence justified committal for trial in Canada for the offences of abduction of a person under 16 and abduction in contravention of a custody order (ss. 280(1) and 282(1) of the *Criminal Code*). She refused committal on both.

[31] With respect to s. 280(1), the extradition judge found that the evidence showed that the appellant had not taken the children from their father but that they had run away. With respect to s. 282(1), the extradition judge found that there was no evidence that the appellant had harboured the children with the specific intent of depriving their father of custody. She came to this conclusion essentially by relying on the defence found at s. 285 of the *Criminal Code*, which reads:

285. [Defence] No one shall be found guilty of an offence under sections 280 to 283 if the court is satisfied that the taking, enticing away, concealing, detaining, receiving or harbouring of any young person was necessary to protect the young person from danger of imminent harm or if the person charged with the offence was escaping from danger of imminent harm.

[32] The extradition judge held that this defence could be considered at the committal stage of extradition proceedings because double criminality requires the extradition judge to proceed to a meaningful judicial assessment of all of the evidence based on Canadian law. Relying on s. 285, and in light of the evidence adduced by the appellant, the extradition judge ruled that "no reasonable jury

d'éléments visant à établir qu'elle n'avait pas enlevé ses enfants, que ceux-ci s'étaient en fait enfuis de chez leur père, qu'ils avaient subi de la violence physique et psychologique aux mains de ce dernier et qu'elle les avait hébergés afin de les protéger. Malgré l'objection de l'État requérant, la juge d'extradition admet en preuve la plupart de ces éléments et conclut qu'ils sont pertinents et suffisamment dignes de foi pour être admissibles.

[30] La juge d'extradition se demande ensuite si l'État requérant présente suffisamment d'éléments de preuve pour justifier le renvoi à procès au Canada relativement aux infractions d'enlèvement d'une personne âgée de moins de 16 ans et d'enlèvement en contravention avec une ordonnance de garde (par. 280(1) et 282(1) du *Code criminel*). Elle refuse d'ordonner l'incarcération pour l'une ou l'autre infraction.

[31] S'agissant de l'infraction prévue au par. 280(1), la juge d'extradition conclut que, selon la preuve, l'appelante n'a pas enlevé les enfants à leur père, mais ces derniers se sont enfuis. Dans le cas de l'infraction prévue au par. 282(1), elle conclut à l'absence de preuve que l'appelante a hébergé les enfants dans le but précis de les soustraire à la garde de leur père. Elle arrive à cette conclusion en se fondant essentiellement sur le moyen de défense énoncé à l'art. 285 du *Code criminel*, dont voici le libellé :

285. [Défense] Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction prévue aux articles 280 à 283 si le tribunal est convaincu que les actes reprochés étaient nécessaires pour protéger la jeune personne en question d'un danger imminent ou si l'accusé fuyait pour se protéger d'un tel danger.

[32] La juge d'extradition statue que ce moyen de défense peut être pris en compte à l'audience relative à l'incarcération parce que le principe de la double incrimination exige qu'elle se livre à une appréciation judiciaire valable de l'ensemble de la preuve au regard du droit canadien. Invoquant l'art. 285 et la preuve présentée par l'appelante, elle tranche [TRADUCTION] « qu'aucun jury raisonnable

could draw the inference, as submitted by the Requesting State, that the mother's intent was to deprive the father of possession of these children": para. 75 (CanLII). Moreover, the evidence showed that the appellant's conduct would not be criminal if it had occurred in Canada.

(ii) Court of Appeal

[33] The Quebec Court of Appeal found that the evidence that the children had run away on their own and that the appellant harboured the children to protect them from future harm was exculpatory in nature. It was aimed at contradicting the ROC and laying the ground for a potential defence of the respondent. By taking such matters into consideration, the judge went beyond the proper role of an extradition judge as defined by *Ferras*.

(iii) Submissions

[34] The appellant submits that the Court of Appeal took too narrow a view of the extradition judge's role and of the inquiry mandated by *Ferras*. In line with this reasoning, the intervenor British Columbia Civil Liberties Association submits that an extradition judge must inquire as to the existence of exculpatory defences. Both the text of the *Extradition Act* and the expanded role of the extradition judge set out in *Ferras* mandate this broader inquiry which is also consistent with international law.

[35] The respondent opposes this line of reasoning, noting that the Court has repeatedly emphasized the limited scope of the extradition judge's role. Extradition hearings are not trials and extradition judges are not to consider and weigh evidence pertaining to defences. The extradition judge, by virtue of s. 29(1) of the *Extradition Act*, is concerned solely with determining whether there is sufficient evidence to justify committal. That determination does not involve looking at potential defences, and *Ferras* did not hold otherwise.

ne pourrait inférer, comme le soutient l'État requérant, que l'intention de la mère était de priver le père de la possession des enfants » (par. 75 (CanLII)). De plus, la preuve indique que les actes de l'appelante ne constitueraient pas un crime s'ils avaient eu lieu au Canada.

(ii) Cour d'appel

[33] La Cour d'appel du Québec conclut que la preuve selon laquelle les enfants se sont enfuis de leur propre chef et l'appelante les a hébergés afin de les protéger contre d'autres violences est de nature disculpatoire. Cette preuve vise à réfuter celle versée au DEC et à jeter les bases d'un éventuel moyen de défense. En tenant compte de ces éléments, la juge d'extradition outrepassa le rôle qui lui est dévolu et que définit l'arrêt *Ferras*.

(iii) Arguments

[34] L'appelante soutient que la Cour d'appel conçoit trop strictement le rôle du juge d'extradition et l'examen que commande l'arrêt *Ferras*. Dans la même veine, l'intervenante Association des libérés civiles de la Colombie-Britannique fait valoir qu'un juge d'extradition doit se demander s'il existe quelque moyen de défense disculpatoire. Tant le texte de la *Loi sur l'extradition* que le rôle accru du juge d'extradition depuis l'arrêt *Ferras* commandent cet examen plus large, qui se révèle en outre conforme au droit international.

[35] L'intimé s'inscrit en faux contre ce raisonnement et fait remarquer que, dans maints arrêts, notre Cour souligne la portée restreinte du rôle du juge d'extradition. L'audition de la demande d'extradition n'est pas un procès, et le juge qui siège alors n'a pas à examiner et à soupeser les éléments de preuve relatifs aux moyens de défense. Au vu du par. 29(1) de la *Loi sur l'extradition*, le juge d'extradition se demande seulement si suffisamment d'éléments de preuve justifient le renvoi à procès. Il n'est pas alors appelé à considérer les moyens de défense éventuels, ce que ne contredit pas l'arrêt *Ferras*.

(b) *Analysis*(i) Scope of the Extradition Judge's Role

[36] The committal phase of the extradition process serves an important, but circumscribed and limited screening function. The role of the extradition judge is simply to decide whether he or she is satisfied that the person before the court is the person sought and whether “there is evidence admissible under [the *Extradition Act* and available for trial] of conduct that, had it occurred in Canada, would justify committal for trial in Canada on the offence set out in the authority to proceed”: s. 29(1)(a) of the *Extradition Act*; see also *Ferras*, at para. 50.

[37] The reference to evidence that “would justify committal for trial in Canada” in s. 29(1)(a) of the *Extradition Act* incorporates the test that a justice conducting a preliminary inquiry must apply when deciding whether to commit an accused for trial in Canada: see, e.g., *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93; *R. v. Arcuri*, 2001 SCC 54, [2001] 2 S.C.R. 828. This is also the test that applies to whether a trial judge should order a directed verdict of acquittal at the end of the Crown's case: see e.g., *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802; *R. v. Charemski*, [1998] 1 S.C.R. 679.

[38] Thus, the language of s. 29(1)(a) links the role of the extradition judge in relation to double criminality to the test for committal (and directed verdicts). The incorporation of the test for committal to trial is meant to make the extradition process efficient, permitting prompt compliance with Canada's international obligations, while also ensuring that there is at least a *prima facie* case against the person of a Canadian crime: see, e.g., *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462, at paras. 121-22; *Ferras*, at para. 21. The extradition judge's role is to determine whether there is a *prima facie* case of a Canadian crime, not to become embroiled in questions about possible defences or the likelihood of conviction. Extradition hearings are not trials; they are intended to be “expeditious

b) *Analyse*(i) Ampleur du rôle du juge d'extradition

[36] L'étape de l'audience relative à l'incarcération en vue de l'extradition opère un filtrage important, mais circonscrit et limité. La tâche du juge d'extradition se limite à décider s'il est convaincu ou non que la personne traduite devant lui est bien celle recherchée et si « la preuve — admissible en vertu de la [*Loi sur l'extradition* et disponible pour le procès] — des actes justifierait, s'ils avaient été commis au Canada, son renvoi à procès au Canada relativement à l'infraction mentionnée dans l'arrêté introductif d'instance » (al. 29(1)a) de la *Loi sur l'extradition*; voir également *Ferras*, par. 50).

[37] La preuve qui « justifierait [. . .] [le] renvoi à procès au Canada » s'entend, à l'al. 29(1)a) de la *Loi sur l'extradition*, du critère que doit appliquer le juge lors de l'enquête préliminaire pour décider s'il y a lieu ou non d'ordonner le renvoi à procès de l'accusé au Canada (voir p. ex. *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93; *R. c. Arcuri*, 2001 CSC 54, [2001] 2 R.C.S. 828). Il s'agit également du critère qui vaut lorsqu'il s'agit de savoir si un verdict d'acquiescement devrait être imposé ou non une fois présentée la preuve du ministère public (voir p. ex. *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802; *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679).

[38] Ainsi, le libellé de l'al. 29(1)a) relie le rôle du juge d'extradition en ce qui concerne la double incrimination au critère applicable au renvoi à procès (et au verdict imposé). L'intégration du critère applicable au renvoi à procès vise à rendre la procédure d'extradition efficace et à permettre au Canada de s'acquiescer avec diligence de ses obligations internationales, tout en s'assurant qu'il existe à tout le moins contre la personne en cause une preuve suffisante à première vue de la perpétration d'une infraction canadienne (voir p. ex. *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, par. 121-122; *Ferras*, par. 21). La fonction du juge d'extradition consiste à déterminer s'il existe une preuve suffisante à première vue de la perpétration d'une infraction canadienne, non à s'empêtrer dans

procedures to determine whether a trial should be held”: *Dynar*, at para. 122, quoting *McVey (Re)*, [1992] 3 S.C.R. 475, at p. 551.

[39] However, the role of the extradition judge at the committal phase has evolved as a result of amendments to other aspects of the *Extradition Act* and the requirements of the *Charter*. The result is that while the test for committal for trial continues to apply in extradition, the role of the extradition judge in applying that test differs in two respects from the preliminary inquiry context.

[40] The first difference is that the extradition judge, unlike the preliminary inquiry justice, may grant *Charter* remedies that pertain directly to the circumscribed issues relevant to committal: see, e.g., *R. v. Hynes*, 2001 SCC 82, [2001] 3 S.C.R. 623; *United States of America v. Kwok*, 2001 SCC 18, [2001] 1 S.C.R. 532. The second is that the extradition judge, unlike the preliminary inquiry justice, must engage in a limited weighing of the evidence to determine whether there is a plausible case. Thus, where the evidence is so defective or appears so unreliable that the judge concludes it would be dangerous or unsafe to convict, then the case is considered insufficient for committal: *Ferras*, at para. 54. This ensures that the extradition process does not “deprive the person sought of the independent hearing and evaluation required by the principles of fundamental justice applicable to extradition”: *Ferras*, at para. 40; see also paras. 47-49.

[41] The appellant’s position is that the extradition judge is entitled to assess exculpatory evidence including evidence of necessity. It is clear that the preliminary inquiry justice cannot do so in the context of committal to trial and there can be little serious doubt that the change proposed by the appellant would constitute a significant alteration of

un débat sur d’éventuels moyen de défense ou sur la vraisemblance d’une déclaration de culpabilité. L’audience relative à l’extradition n’équivaut pas à un procès; elle se veut une « procédur[e] expéditiv[e] pour déterminer s’il doit y avoir un procès » (*Dynar*, par. 122, citant *McVey (Re)*, [1992] 3 R.C.S. 475, p. 551).

[39] Or, le rôle du juge d’extradition à l’étape de l’incarcération a évolué par suite de la modification d’autres volets de la *Loi sur l’extradition* et en raison des exigences de la *Charte*. Dès lors, même si le critère applicable au renvoi à procès continue de s’appliquer à l’extradition, le rôle du juge d’extradition qui est appelé à l’appliquer diffère sous deux rapports de celui du juge qui préside l’enquête préliminaire.

[40] La première différence tient au fait que, contrairement au juge présidant l’enquête préliminaire, le juge d’extradition peut accorder, sur le fondement de la *Charte*, une réparation directement liée aux questions précises qui se posent à l’audience relative à l’incarcération (voir p. ex. *R. c. Hynes*, 2001 CSC 82, [2001] 3 R.C.S. 623; *États-Unis d’Amérique c. Kwok*, 2001 CSC 18, [2001] 1 R.C.S. 532). La seconde réside dans le fait que, contrairement au juge présidant l’enquête préliminaire, le juge d’extradition doit se livrer à une évaluation limitée de la preuve pour se prononcer sur l’existence de motifs plausibles. Ainsi, lorsque la preuve est à ce point viciée ou semble si peu digne de foi qu’il conclut qu’il serait dangereux ou imprudent de déclarer l’accusé coupable, on considère qu’elle est insuffisante pour ordonner l’incarcération (*Ferras*, par. 54). Cette démarche vise à faire en sorte que la procédure d’extradition ne prive pas « l’intéressé de l’audience et de l’évaluation indépendantes requises par les principes de justice fondamentale applicables à l’extradition » (*Ferras*, par. 40; voir également par. 47-49).

[41] Selon l’appelante, le juge d’extradition peut évaluer les éléments de preuve disculpatoires, y compris ceux relatifs à la nécessité. À l’enquête préliminaire, le juge ne peut assurément pas le faire pour les besoins du renvoi à procès, et on ne peut sérieusement douter que la thèse de l’appelante modifie en profondeur des principes établis depuis

long-settled principles about the nature of the extradition process. Therefore, the question of principle underlying the appellant's position is whether we should further differentiate between the two roles by expanding the role of the extradition judge.

[42] In my view, we should not take this step. The changes in the role of the extradition judge which occurred in *Kwok* and *Ferras* were based on legislative changes to the *Extradition Act*. Both decisions were clear that the basic principles governing extradition remained the same despite these amendments. In this case, there is no legislative or other development that supports the fundamental change proposed by the appellant.

[43] In order to explain why I have reached this conclusion, it will be helpful to explore in more detail the role of the preliminary inquiry justice in relation to committal for trial. By virtue of s. 29 of the *Extradition Act*, that is also the framework that governs the role of the extradition judge. We must then consider how and why that role has changed before turning to evaluate the appellant's submissions.

(ii) The Test for Committal to Trial

[44] The role the appellant proposes for the extradition judge has no parallel with that of the preliminary inquiry justice. A preliminary inquiry justice could not refuse to commit for trial on the basis of the sort of exculpatory evidence relied on by the appellant.

[45] The test for committal for trial is whether there is any admissible evidence that could, if believed, result in a conviction: *Shephard*, at p. 1080; *Arcuri*, at para. 21. Where the evidence is circumstantial, the judge must conduct a limited weighing of the circumstantial evidence to assess whether, in light of all of the evidence including any defence evidence, it is reasonably capable of supporting the inferences that the Crown asks to be drawn: *Arcuri*, at para. 23.

[46] The preliminary inquiry justice is concerned only with the essential elements of the offence and

longtemps quant à la nature de la procédure d'extradition. Partant, la question de principe qui sous-tend la thèse de l'appelante est celle de savoir s'il y a lieu de différencier davantage les deux rôles en accroissant celui du juge d'extradition.

[42] À mon avis, nous ne devons pas le faire. La modification du rôle du juge d'extradition issue des arrêts *Kwok* et *Ferras* découlait de celle de la *Loi sur l'extradition*. Dans les deux arrêts, il est clairement dit que les principes fondamentaux régissant l'extradition demeurent les mêmes malgré ces modifications. Dans la présente affaire, aucun changement, législatif ou autre, n'étaye la mutation fondamentale que préconise l'appelante.

[43] Afin d'expliquer ma conclusion, il m'apparaît utile d'examiner plus en détail le rôle du juge lors de l'enquête préliminaire en ce qui concerne le renvoi à procès. Par application de l'art. 29 de la *Loi sur l'extradition*, ce cadre régit également la fonction du juge d'extradition. Il faut ensuite déterminer les modalités et les raisons de l'évolution de ce rôle avant de soupeser les arguments de l'appelante.

(ii) Le critère applicable au renvoi à procès

[44] Le rôle que l'appelante attribue au juge d'extradition ne se compare pas à celui du juge de l'enquête préliminaire, lequel ne peut refuser le renvoi à procès en se fondant sur le type de preuve disculpatoire invoqué par l'appelante.

[45] Le critère applicable au renvoi à procès s'entend de la question de savoir si des éléments de preuve admissibles pourraient, s'ils étaient crus, entraîner une déclaration de culpabilité (*Shephard*, p. 1080; *Arcuri*, par. 21). Le juge doit évaluer la preuve circonstancielle de manière limitée eu égard à la totalité de la preuve, y compris celle relative à tout moyen de défense, afin de déterminer si elle est raisonnablement susceptible d'étayer les inférences que le ministère public l'invite à tirer (*Arcuri*, par. 23).

[46] À l'enquête préliminaire, le juge se préoccupe uniquement des éléments essentiels de l'infraction

any other conditions on which the prosecution bears the evidential burden of proof: *Arcuri*, at para. 29; *R. v. Sazant*, 2004 SCC 77, [2004] 3 S.C.R. 635, at para. 16; *R. v. Russell*, 2001 SCC 53, [2001] 2 S.C.R. 804, at para. 24. The justice has no role to play with respect to matters on which the accused bears an evidential (or persuasive) burden. The rule was perhaps most clearly stated in a directed verdict case to which the same rule applies: there must be a committal for trial if there is “some evidence of culpability for every essential definitional element of the crime for which the Crown has the evidential burden” (*Charemski*, at para. 3 (emphasis in original), per Bastarache J. for a majority of the Court, referring to J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at p. 136). While the accused is entitled to present evidence by way of defence, the preliminary inquiry justice cannot weigh the merits of that evidence in reaching his or her decision as to whether to commit for trial: *Hynes*, at para. 52, per Major J., dissenting. Thus, where the Crown has adduced direct evidence on all the elements of the offence, the justice must commit even if the defence proffers exculpatory evidence: *Sazant*, at para. 16.

[47] Nor is the preliminary inquiry justice to assess the quality, credibility or reliability of the evidence, with the exception of the limited weighing to assess whether the inferences which the Crown seeks to be drawn from circumstantial evidence are reasonable as contemplated in *Arcuri*: *R. v. Deschamplain*, 2004 SCC 76, [2004] 3 S.C.R. 601, at para. 15. So, for example, it is a jurisdictional error for the justice to refuse to commit because, in the judge’s view, the identification evidence did not establish identification beyond a reasonable doubt: *Dubois v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 366, at pp. 378-79.

[48] In light of these principles, a preliminary inquiry justice could not refuse to commit the appellant on the basis of the evidence on which she relies. The justice could not consider evidence of necessity because there is no evidentiary burden on the Crown with respect to those circumstances. Under s. 285

et des autres conditions pour lesquelles la charge de présentation incombe à la poursuite (*Arcuri*, par. 29; *R. c. Sazant*, 2004 CSC 77, [2004] 3 R.C.S. 635, par. 16; *R. c. Russell*, 2001 CSC 53, [2001] 2 R.C.S. 804, par. 24). Il ne joue aucun rôle en ce qui concerne les éléments pour lesquels la charge de présentation (ou de persuasion) appartient à l’accusé. La règle est énoncée on ne peut plus clairement dans une affaire de verdict imposé où la même règle s’appliquait : il doit y avoir renvoi à procès lorsqu’il existe « quelque preuve de culpabilité pour chaque élément essentiel de la définition du crime reproché [pour lequel la charge de présentation appartient au ministère public] » (*Charemski*, par. 3 (souligné dans l’original), le juge Bastarache, au nom des juges majoritaires de la Cour, citant J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), p. 136). Bien que l’accusé ait le droit de présenter des éléments de preuve pour se défendre, le juge ne peut en apprécier le bien-fondé pour décider de renvoyer ou non l’accusé à son procès (*Hynes*, par. 52, le juge Major, dissident). Ainsi, dans le cas où le ministère public présente une preuve directe à l’égard de tous les éléments de l’infraction, le juge doit ordonner le renvoi à procès même si la défense produit une preuve disculpatoire (*Sazant*, par. 16).

[47] Le juge n’a pas non plus à apprécier la qualité, la crédibilité ou la fiabilité de la preuve, sauf dans le cadre de l’évaluation limitée visant à déterminer si les inférences que le ministère public demande au jury de tirer à partir d’une preuve circonstancielle sont raisonnables ou non, comme l’envisage notre Cour dans *Arcuri* (*R. c. Deschamplain*, 2004 CSC 76, [2004] 3 R.C.S. 601, par. 15). C’est pourquoi, par exemple, il commet une erreur de compétence lorsqu’il refuse de renvoyer l’accusé à son procès parce que, selon lui, la preuve d’identification n’établit pas l’identité hors de tout doute raisonnable (*Dubois c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 366, p. 378-379).

[48] Au vu de ces principes, le juge ne pourrait, à l’enquête préliminaire, refuser de renvoyer l’appelante à son procès à partir des éléments de preuve invoqués par cette dernière. Il ne pourrait tenir compte de la preuve de nécessité, le ministère public n’ayant aucune charge de présentation à cet égard.

of the *Criminal Code*, the Crown does not have to make out a *prima facie* case of the absence of circumstances of necessity in order to have an accused committed for trial under ss. 280(1) and 282(1) of the *Criminal Code*. As for other exculpatory evidence, the preliminary inquiry justice could not assess its quality, credibility or reliability or rely on it to justify discharging an accused.

(iii) The Role of the Extradition Judge Before *Kwok* and *Ferras*

[49] Before *Kwok* and *Ferras*, the role of the extradition judge in deciding whether to commit closely resembled that of the preliminary inquiry justice. Thus, as in the case of committal for trial, the extradition judge had no discretion to refuse to extradite if there were any evidence supporting each of the elements of the offence alleged: *Shephard*, at p. 1080. An extradition judge had no jurisdiction to deal with defences unless the governing extradition treaty provided otherwise: *Schmidt*, at p. 515. Like the preliminary inquiry justice, the extradition judge (before the legislative amendments in 1992, as discussed in greater detail below) had no *Charter* jurisdiction. In short, the test for committal for extradition was tied closely to the test for committal for trial and, like the preliminary inquiry justice, the extradition judge had no role to play with respect to matters that were not part of the Crown's *prima facie* case.

[50] This link to the test for committal was stated explicitly in *Schmidt*: the purpose of the extradition hearing is to determine “whether there is such evidence of the crime alleged to have been committed in the foreign country as would, according to the law of Canada, justify his or her committal for trial if it had been committed here” (p. 515). More recently, the Court affirmed this link in *Fischbacher*: “The [extradition] judge must consider the evidence in light of Canadian law and determine whether it

Pour les besoins de l’art. 285 du *Code criminel*, le ministère public n’a pas à offrir une preuve suffisante à première vue de l’absence d’une situation de nécessité pour convaincre le juge de renvoyer l’accusé à son procès relativement aux par. 280(1) et 282(1) du *Code criminel*. En ce qui a trait aux autres éléments de preuve disculpatoires, le juge de l’enquête préliminaire ne pourrait en évaluer la qualité, la crédibilité ou la fiabilité ni se fonder sur eux pour ordonner la libération de l’accusé.

(iii) Le rôle du juge d’extradition avant les arrêts *Kwok* et *Ferras*

[49] Avant les arrêts *Kwok* et *Ferras*, le rôle du juge d’extradition appelé à décider s’il y avait lieu d’ordonner l’incarcération s’apparentait beaucoup à celui du juge présidant l’enquête préliminaire. Ainsi, à l’instar du juge appelé à décider du renvoi à procès, le juge d’extradition n’avait pas un pouvoir discrétionnaire qui lui permettait de refuser l’extradition en présence d’une preuve de chacun des éléments de l’infraction reprochée (*Shephard*, p. 1080). Il n’avait pas compétence pour examiner les moyens de défense, sauf si le traité d’extradition applicable en disposait autrement (*Schmidt*, p. 515). Tout comme le juge de l’enquête préliminaire, le juge d’extradition (avant les modifications législatives de 1992 sur lesquelles je reviendrai plus en détail) n’avait aucune compétence fondée sur la *Charte*. En résumé, le critère applicable à l’incarcération en vue de l’extradition était étroitement lié à celui du renvoi à procès et, à l’instar du juge de l’enquête préliminaire, le juge d’extradition ne jouait aucun rôle relativement à ce qui débordait le cadre de la preuve suffisante à première vue offerte par le ministère public.

[50] Ce lien avec le critère applicable au renvoi à procès est reconnu en toutes lettres dans l’arrêt *Schmidt* : l’audience d’extradition vise à déterminer « s’il existe une preuve suffisante du crime qui aurait été commis dans le pays étranger pour justifier, selon le droit du Canada, le renvoi au procès dans l’hypothèse où le crime aurait été commis ici » (p. 515). Dans l’arrêt *Fischbacher*, plus récent, notre Cour confirme ce lien : « Le juge [d’extradition] doit examiner la preuve à la lumière du droit

reveals conduct that would justify committal for the crime listed in the ATP if it had occurred in Canada” (para. 35).

[51] Extradition judges also distinguished between sufficiency of evidence — which was their concern — and reliability, which was not. So, for example, material that “is so bereft of detail, such as the witness’ means of knowledge, that the judge cannot determine its sufficiency” would not justify committal: *United States of America v. Yang* (2001), 56 O.R. (3d) 52 (C.A.), at para. 63. Two examples given by the Court of Appeal in *Yang* are instructive. The first concerned a statement that police suspected the person sought of committing the offence. The court noted that without any basis being disclosed for this suspicion, that statement would not be sufficient to permit committal: para. 63. The second example concerned admissible hearsay evidence containing direct evidence of guilt. This, the court stated, would be sufficient for committal because the judge’s function does not include assessing the reliability of that evidence: para. 64.

[52] The broad principle of double criminality and its underlying rationale are of fundamental importance to our extradition process, and as I have explained, they operate in specific ways at each of the three stages of our extradition process. However, at the committal stage, the extradition judge’s role with respect to double criminality has been given specific legislative expression in the test for committal under s. 29 of the *Extradition Act*. This provision gives precise statutory definition to the role of the extradition judge with respect to double criminality. It is s. 29 that delineates the judge’s role in determining whether the evidence meets the domestic component of double criminality and directly links that role to the test for committal at trial: *Fischbacher*, at para. 35. That test, as I have explained, does not permit the judge to consider aspects of the criminal conduct on which the accused bears an evidential burden: see, e.g., *Fischbacher*, at para. 52; *Schmidt*, at p. 515.

canadien et déterminer si elle révèle des actes qui justifieraient le renvoi à procès pour le crime indiqué dans l’AII s’ils avaient été commis au Canada » (par. 35).

[51] Des juges saisis de demandes d’extradition ont aussi établi une distinction entre le caractère suffisant de la preuve — qui est de leur ressort — et sa fiabilité — qui ne l’est pas. Ainsi, à titre d’exemple, les documents qui [TRADUCTION] « contiennent si peu de précisions, notamment en ce qui a trait aux moyens d’information du témoin, que le juge ne peut se prononcer sur son caractère suffisant », ne justifient pas l’incarcération (*United States of America c. Yang* (2001), 56 O.R. (3d) 52 (C.A.), par. 63). Dans cette décision, la Cour d’appel donne deux exemples éclairants. Le premier est celui d’une déclaration selon laquelle la police soupçonne l’intéressé d’avoir commis l’infraction. La Cour d’appel souligne qu’à défaut de motifs étayant le soupçon, la déclaration n’est pas suffisante pour justifier l’incarcération (par. 63). Le deuxième exemple est celui d’une preuve par oui-dire admissible comprenant un élément de preuve direct de la culpabilité. De l’avis de la Cour d’appel, cette preuve suffit à justifier l’incarcération, car le juge n’a pas pour tâche d’évaluer la fiabilité de cette preuve (par. 64).

[52] Le principe général de la double incrimination et sa raison d’être revêtent une importance capitale dans notre procédure d’extradition et, comme je l’explique précédemment, ils jouent d’une manière particulière à chacune des trois étapes. Toutefois, à l’étape de l’incarcération, la *Loi sur l’extradition* reconnaît expressément le rôle du juge d’extradition à l’égard de la double incrimination par le critère du renvoi à procès que prévoit son art. 29, lequel circonscrit bien la fonction du juge vis-à-vis de la double incrimination. C’est l’art. 29 qui précise le rôle du juge appelé à déterminer si la preuve satisfait ou non au volet interne de la double incrimination et qui relie directement ce rôle au critère du renvoi à procès (*Fischbacher*, par. 35). Rappelons que ce critère ne permet pas au juge de prendre en compte les aspects de la conduite criminelle pour lesquels la charge de présentation incombe à l’accusé (voir p. ex. *Fischbacher*, par. 52; *Schmidt*, p. 515).

[53] Basic fairness to the person sought does not require that the extradition process have all of the safeguards of a trial, “provided the material establishes a case sufficient to put the person on trial”: *Ferras*, at para. 21 (emphasis added). It bears repeating that defences and other matters on which the accused bears an evidential burden of proof play no part in deciding whether the Crown’s case is sufficient to put the person on trial.

(iv) Changes to the Role of the Extradition Judge: *Kwok* and *Ferras*

[54] *Kwok* and *Ferras* created significant differences between how the preliminary inquiry justice and the extradition judge apply the same legal test for committal. It is helpful in considering the new approach advocated by the appellant to examine briefly these differences, which, in my view, do not assist the appellant.

1. *Charter Jurisdiction: Kwok*

[55] Before 1992, the extradition judge had no *Charter* jurisdiction. The decision to commit was reviewable by way of *habeas corpus* and the judge conducting that review had authority to apply the *Charter* to issues relevant to the committal decision: see *Kwok*, at paras. 4 and 35. The *Extradition Act*, R.S.C. 1985, c. E-23, was amended in 1992 (S.C. 1992, c. 13) so that the functions previously exercised by the extradition judge and the judge on review by means of *habeas corpus* were combined in the extradition judge: *Kwok*, at para. 39. In addition, the amended legislation specified that a superior court judge sitting as an extradition judge had, for the purposes of the *Constitution Act, 1982*, the same competence otherwise possessed by a superior court judge. The Court in *Kwok* held that the effect of these changes was to permit “the extradition judge to exercise the jurisdiction previously reserved for the *habeas corpus* judge, which includes remedies for the *Charter* breaches that pertain directly to the

[53] Le principe de l’équité fondamentale envers l’intéressé n’exige pas que la procédure d’extradition offre toutes les garanties procédurales d’un procès, « pourvu que la preuve soit suffisante pour ordonner que la personne subisse son procès » (*Ferras*, par. 21 (je souligne)). Il convient de rappeler que le juge ne tient pas compte des moyens de défense et des autres éléments dont la charge de présentation appartient à l’accusé lorsqu’il s’agit de décider si la preuve du ministère public est suffisante ou non pour ordonner le renvoi à procès.

(iv) Modification du rôle du juge d’extradition : les arrêts *Kwok* et *Ferras*

[54] Les arrêts *Kwok* et *Ferras* établissent des différences importantes quant à la manière dont le juge de l’enquête préliminaire et le juge d’extradition appliquent le même critère relatif au renvoi à procès. Il convient, dans le cadre de l’analyse de l’approche nouvelle que préconise l’appelante, d’examiner brièvement ces différences qui, à mon sens, n’apportent pas sa thèse.

1. *Compétence fondée sur la Charte : Kwok*

[55] Avant 1992, le juge d’extradition n’avait aucune compétence fondée sur la *Charte*. La décision d’ordonner l’incarcération était susceptible de contrôle par voie d’*habeas corpus*, et le juge qui effectuait ce contrôle avait le pouvoir d’appliquer la *Charte* aux questions pertinentes quant à cette décision (voir *Kwok*, par. 4 et 35). En 1992, la *Loi sur l’extradition*, L.R.C. 1985, c. E-23, a été modifiée (L.C. 1992, c. 13) de façon à confier au seul juge d’extradition les fonctions jusqu’alors exercées séparément par lui et par le juge saisi de la requête en *habeas corpus* (*Kwok*, par. 39). De plus, le législateur a précisé que, pour les besoins de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le juge d’une cour supérieure conservait les compétences qu’il possédait à ce titre lorsqu’il siégeait en matière d’extradition. Dans l’arrêt *Kwok*, notre Cour statue que ces modifications ont pour effet d’habiliter le juge d’extradition « à exercer la compétence réservée jusque-là au juge saisi de la requête en *habeas corpus* — y compris le pouvoir

circumscribed issues relevant at the committal stage of the extradition process”: para. 57.

[56] This change does not assist the appellant and the appellant does not suggest that it does. The Court noted that the decision in *Kwok* “leaves the powers and functions of the committal court substantially unchanged”: para. 57.

2. *Ferras: Limited Weighing*

[57] *Ferras* decided that the extradition judge’s role with respect to weighing evidence must be somewhat enlarged compared to that of the preliminary inquiry justice. This change was spurred by legislative amendment (i.e., the *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18) as well as by the different demands of s. 7 of the *Charter* in the extradition, as opposed to the preliminary inquiry, context.

[58] The legislative changes considered in *Ferras* related to what evidence could be admitted at the committal stage and the definition of the extradition judge’s role in the *Extradition Act* currently in force. With respect to evidence, the *Extradition Act* now provides for evidence to be admitted, even if not otherwise admissible under Canadian law, if contained in the certified ROC: s. 32(1)(a). With respect to the role of the extradition judge, the text of the previous *Extradition Act* had “cemented the analogy” between the role of the extradition judge and the role of a preliminary inquiry justice: *Ferras*, at para. 48. It directed the extradition judge to “hear the case, in the same manner, as nearly as may be, as if the fugitive was brought before a justice of the peace, charged with an indictable offence committed in Canada”: s. 13. The 1999 amendments to the *Extradition Act* modified this direction so that it simply provided the extradition judge with the same powers as a preliminary inquiry justice, “with any modifications that the circumstances require”: s. 24(2); see *Ferras*, at para. 48. This weakened the strength of the analogy between the two roles.

d’accorder des réparations pour les violations de la *Charte* se rapportant directement aux questions limitées qui sont pertinentes à l’étape de l’incarcération dans le processus d’extradition » (par. 57).

[56] Ces modifications n’appuient en rien la thèse de l’appelante, ce qu’elle ne prétend d’ailleurs pas. Dans l’arrêt *Kwok*, notre Cour indique que sa décision « laisse essentiellement inchangés les pouvoirs et fonctions du tribunal d’incarcération » (par. 57).

2. *L’arrêt Ferras : l’évaluation limitée*

[57] Dans l’arrêt *Ferras*, notre Cour statue que, au chapitre de l’évaluation de la preuve, le rôle du juge d’extradition doit être en quelque sorte plus grand que celui du juge de l’enquête préliminaire. Cela est attribuable à la modification de la loi (soit la *Loi sur l’extradition*, L.C. 1999, c. 18) ainsi qu’aux exigences de l’art. 7 de la *Charte* qui diffèrent en matière d’extradition et d’enquête préliminaire.

[58] Les modifications législatives considérées dans l’affaire *Ferras* touchaient la preuve susceptible d’être admise à l’étape de l’incarcération et la définition du rôle du juge d’extradition selon la *Loi sur l’extradition* alors en vigueur. En ce qui concerne la preuve, la *Loi sur l’extradition* prévoit désormais que sont admissibles, même lorsque le droit canadien ne prévoit pas par ailleurs leur admissibilité, les éléments qui figurent dans le DEC (al. 32(1)a)). Quant au rôle du juge d’extradition, le texte de l’ancienne *Loi sur l’extradition* « cimentait l’analogie » entre ce rôle et celui du juge de l’enquête préliminaire (*Ferras*, par. 48). Il prévoyait que l’audience devant le juge d’extradition devait « se déroule[r], dans la mesure du possible [. . .], comme [si le fugitif] comparait devant un juge de paix pour un acte criminel commis au Canada » (art. 13). Les modifications apportées en 1999 à la *Loi sur l’extradition* ont modifié ce texte, qui prévoyait dès lors seulement que le juge d’extradition a le même pouvoir qu’un juge de paix, « compte tenu des adaptations nécessaires » (par. 24(2); voir *Ferras*, par. 48). L’analogie entre les deux rôles n’est donc plus aussi grande qu’auparavant.

[59] The Court also noted some differences between the committal hearing and a preliminary inquiry that brought different *Charter* considerations into play. First, evidence at a preliminary inquiry is admitted according to Canadian rules of evidence and brings with it the “inherent guarantees of threshold reliability” required by those rules: *Ferras*, at para. 48. Evidence at an extradition hearing, however, by virtue of the expanded rules of admissibility noted in the previous paragraph, “may lack the threshold guarantees of reliability afforded by Canadian rules of evidence”: *ibid.* Second, as discussed earlier, the extradition judge, unlike the preliminary inquiry justice, has the authority to grant *Charter* remedies. Thus, while the extradition hearing and the preliminary inquiry are both pre-trial screening devices and both use the same test of sufficiency of evidence for committal, the Court found that these differences made it “inappropriate to equate the task of the extradition judge with the task of a judge on a preliminary inquiry”: *ibid.*

[60] The analysis in *Ferras* of these differences led the Court to modify the role of the extradition judge. This adjustment was also prompted by the combination of the limited role of the extradition judge as set out in *Shephard* and the evidentiary provisions of the 1999 *Extradition Act* which “effectively removed much of an extradition judge’s former discretion to not admit evidence”: *Ferras*, at para. 41. The Court concluded that denying an extradition judge’s discretion to refuse committal for reasons of insufficient evidence would “violate a person’s right to a judicial hearing by an independent and impartial magistrate — a right implicit in s. 7 of the *Charter* where liberty is at stake”: para. 49. In light of this, the Court found that the test for committal under s. 29(1) of the *Extradition Act* granted the extradition judge discretion to refuse extradition on the basis of insufficient evidence: for example, where the reliability of the evidence certified was successfully impeached or

[59] La Cour relève également entre l’audience relative à l’incarcération et l’enquête préliminaire certaines différences qui font entrer en jeu diverses considérations liées à la *Charte*. D’abord, à l’enquête préliminaire, une preuve est admise selon les règles de preuve applicables au Canada, avec tout ce qu’elles comportent de « garanties inhérentes quant au seuil de fiabilité » (*Ferras*, par. 48). Or, la preuve présentée dans une instance d’extradition « peut être dépourvue de ces garanties [propres aux règles de preuve au Canada] » en raison de l’élargissement des règles d’admissibilité mentionné au paragraphe précédent (*ibid.*). Deuxièmement, je rappelle que, contrairement au juge président l’enquête préliminaire, le juge d’extradition a compétence pour accorder des réparations sur le fondement de la *Charte*. En conséquence, même si l’audience d’extradition et l’enquête préliminaire constituent toutes deux des étapes préalables au procès qui opèrent un filtrage et que, dans les deux cas, on recourt au même critère de la preuve suffisante pour renvoyer à procès, notre Cour estime que, à cause de ces différences, « il n’est pas approprié d’assimiler la tâche du juge d’extradition à celle du juge président l’enquête préliminaire » (*ibid.*).

[60] Dans *Ferras*, après analyse de ces différences, la Cour modifie le rôle du juge d’extradition. Ce rajustement s’explique aussi par l’application combinée de l’arrêt *Shephard*, selon lequel le juge d’extradition joue un rôle restreint, et des dispositions sur la preuve de la *Loi sur l’extradition* de 1999 qui ont « effectivement retiré au juge une part importante de son pouvoir discrétionnaire de ne pas admettre des éléments de preuve » (*Ferras*, par. 41). De l’avis de la Cour, priver le juge d’extradition du pouvoir discrétionnaire qui lui permet de refuser d’ordonner l’incarcération faute d’une preuve suffisante « viole le droit de l’intéressé d’être jugé par un juge indépendant et impartial — droit implicitement prévu à l’art. 7 de la *Charte*, lorsqu’il est question de liberté » (par. 49). La Cour conclut dès lors que le critère applicable à l’incarcération selon le par. 29(1) de la *Loi sur l’extradition* confère au juge d’extradition un pouvoir discrétionnaire qui lui permet de refuser l’extradition au motif que la preuve

where there was no evidence that the evidence was available (para. 50). This was a significant change from the jurisprudence before *Ferras*, which, as noted above, restricted the extradition judge's inquiry to the sufficiency of the evidence.

(v) The Extradition Judge's Role After *Ferras*

[61] *Ferras* acknowledged both the importance and the limits of the committal process. It ensures that the person will not be extradited unless the requesting state makes out a *prima facie* case: see, e.g., *Dynar*, at para. 119. But this “modest screening device . . . is structured around the fundamental concept that the actual trial takes place in the requesting state”: *Yang*, at para. 47; see also *Ferras*, at para. 48. Fairness in this context does not require a trial, but simply that there is sufficient evidence to justify putting the person on trial: *Ferras*, at para. 21.

[62] *Ferras* did not envisage any change in the test for committal; there was no challenge to that statutory test in s. 29 of the *Extradition Act* which links committal for extradition to the test for committal for trial. Nor did *Ferras* envisage any fundamental change in the nature of the committal process. The Court noted that the extradition judge's role is not to determine guilt or innocence or to engage in the ultimate assessment of reliability: paras. 46 and 54. The evidence in the ROC is presumed to be reliable and “[u]nless rebutted, this presumption of reliability will stand and the case will be deemed sufficient to commit for extradition”: para. 66. In *Ferras*, the fact that some of the evidence was hearsay and came from unsavoury witnesses did not rebut this presumption. The Court underlined the point that “the issue is not whether the information in the record is actually true”: para. 68. The extradition

est insuffisante, notamment lorsque la non-fiabilité de la preuve certifiée est établie avec succès ou que rien n'indique que la preuve est disponible (par. 50). Il s'agit d'un changement important par rapport aux décisions antérieures, lesquelles ne reconnaissaient au juge d'extradition, je le rappelle, que le pouvoir de se prononcer sur le caractère suffisant ou non de la preuve.

(v) Le rôle du juge d'extradition depuis l'arrêt *Ferras*

[61] Dans l'arrêt *Ferras*, notre Cour reconnaît à la fois l'importance et les limites de la procédure relative à l'incarcération, dont l'objet est de faire en sorte que l'intéressé ne soit extradé que sur présentation d'une preuve suffisante à première vue par l'État requérant (voir p. ex. *Dynar*, par. 119). Toutefois, ce [TRADUCTION] « modeste mécanisme de filtrage [. . .] est axé sur l'idée fondamentale que le véritable procès a lieu dans l'État requérant » (*Yang*, par. 47; voir également *Ferras*, par. 48). Dans ce contexte, le principe de l'équité n'exige pas la tenue d'un procès, mais seulement la constatation d'une preuve suffisante pour justifier le renvoi à procès de l'intéressé (*Ferras*, par. 21).

[62] Dans l'arrêt *Ferras*, notre Cour n'envisage aucune modification du critère applicable à l'incarcération; il n'y a pas contestation, dans cette affaire, du critère prévu à l'art. 29 de la *Loi sur l'extradition* qui relie l'incarcération en vue de l'extradition au renvoi à procès. Elle n'envisage pas non plus de modifier en profondeur la nature de la procédure relative à l'incarcération en vue de l'extradition. Elle signale que le juge d'extradition n'a pas pour tâche de statuer sur la culpabilité ou l'innocence, ni d'entreprendre l'évaluation ultime de la fiabilité (par. 46 et 54). La preuve contenue dans le DEC est réputée fiable et, « [à] moins d'être réfutée, cette présomption de fiabilité subsiste et la preuve sera jugée suffisante pour justifier l'incarcération en vue de l'extradition » (par. 66). Dans cette affaire, le fait qu'une partie de la preuve constitue du ouï-dire et provient de témoins douteux n'a pas pour effet

judge's limited weighing goes only to whether there is "a plausible case": para. 54.

[63] This means that there continues to be a high threshold for refusing committal on the basis that the supporting evidence is unreliable. It is only where the evidence supporting committal is "so defective or appears so unreliable" or "manifestly unreliable" that it would be "dangerous or unsafe" to act on it that the extradition judge is justified in refusing committal on this basis: *Ferras*, at paras. 54 and 40.

[64] While the role of the extradition judge in scrutinizing evidence has been somewhat enhanced to ensure *Charter* compliance, it remains the case that an extradition hearing is not a trial and it should never be permitted to become one: *Schmidt*, at p. 515. The process is intended to be expeditious and efficient so as to "ensure prompt compliance with Canada's international obligations": *Dynar*, at para. 122.

[65] There is nothing in *Ferras*, or in the analysis that underlies it, suggesting any change in the extradition judge's statutorily defined role with respect to double criminality. Quite the reverse. *Ferras* reiterates that the test remains whether there is evidence that is sufficient to justify committal had the conduct occurred in Canada: see para. 46. The preliminary inquiry justice has never had any role to play in assessing potential defences or excuses or other aspects of the crime on which the accused bears an evidential (or for that matter, persuasive) burden of proof. Moreover, the Court since *Ferras* has affirmed that the test for committal — and therefore the extradition judge's role with respect to double criminality — is whether the evidence "reveals conduct that would justify committal for the crime listed in the ATP if it had occurred in Canada": *Fischbacher*, at para. 35. In saying this, the Court approved the statement in its earlier decision in *McVey (Re)*, at

de réfuter cette présomption. La Cour précise qu'il ne s'agit pas « de savoir si l'information au dossier est bel et bien véridique » (par. 68). Dans son évaluation limitée de la preuve, le juge d'extradition détermine seulement s'il existe des « motifs plausibles » (par. 54).

[63] Le critère à satisfaire pour refuser d'incarcérer une personne en vue de son extradition au motif que la preuve présentée à l'appui n'est pas digne de foi demeure donc strict. Ce n'est que lorsque cette preuve est « à ce point viciée ou semble si peu digne de foi » ou qu'elle est « si manifestement peu digne de foi » qu'il serait « dangereux ou imprudent » de se fonder sur elle que le juge d'extradition peut refuser d'ordonner l'incarcération pour ce motif (*Ferras*, par. 54 et 40).

[64] Bien que le rôle du juge d'extradition dans l'appréciation de la preuve se soit en quelque sorte accru afin d'assurer la conformité à la *Charte*, il demeure que l'audience relative à l'extradition n'est pas un procès et qu'il ne faut en aucun cas permettre qu'elle en devienne un (*Schmidt*, p. 515). Le processus se veut expéditif et efficace afin de « garantir l'exécution rapide des obligations internationales du Canada » (*Dynar*, par. 122).

[65] Aucun élément de l'arrêt *Ferras* ou de l'analyse qui le sous-tend ne donne à penser que le rôle imparti par la loi au juge d'extradition ait été modifié en ce qui concerne la double incrimination. Bien au contraire, notre Cour rappelle dans l'arrêt *Ferras* que la question à se poser demeure celle de savoir si la preuve serait suffisante ou non pour justifier le renvoi à procès si les actes reprochés avaient été commis au Canada (voir par. 46). Le juge de l'enquête préliminaire n'a jamais été appelé à évaluer les moyens de défense ou les excuses possibles, non plus que d'autres volets du crime dont la charge de présentation (voire de persuasion) incombe à l'accusé. De plus, depuis l'arrêt *Ferras*, notre Cour confirme que le critère applicable à l'incarcération en vue de l'extradition — et, par conséquent, le rôle du juge d'extradition vis-à-vis de la double incrimination — consiste à déterminer si la preuve « révèle des actes qui justifieraient le renvoi à procès pour le

p. 528, that the extradition judge “is concerned with whether the underlying facts of the charge would, *prima facie*, have constituted a crime . . . if they had occurred in Canada”: *Fischbacher*, at para. 35. All of these affirmations demonstrate that the extradition judge’s role, like that of the preliminary inquiry justice, is not concerned with defences or other matters on which the accused bears an evidential or persuasive burden.

[66] A fatal flaw in the appellant’s position and, respectfully, in the reasoning of my colleague Abella J. is to take *Ferras* as fundamentally changing the statutory test for committal. It did not. *Ferras*’s insistence on a meaningful judicial determination by the extradition judge speaks only to the rigour that an extradition judge must bring to the assessment of the evidence. *Ferras* did not — indeed could not — change by judicial decree the statutory requirement that the requesting state has only to show that the record would justify committal for trial in Canada. The committal for trial process has never been concerned with possible defences on which the accused bears an evidential or persuasive burden and *Ferras* provides no support for any fundamental change to this statutory test for committal.

[67] Some appellate case law since *Ferras* has held that it may be helpful to speak of the test for committal in terms of the test for appellate review of whether a verdict after trial is reasonable: see, e.g., *United States of America v. Graham*, 2007 BCCA 345, 243 B.C.A.C. 248, at paras. 31-32. Respectfully, however, I am not convinced that this is a helpful way to think about whether the evidence justifies committal: see, e.g., *France v. Diab*, 2014 ONCA 374, 120 O.R. (3d) 174, at para. 139.

crime indiqué dans l’AII s’ils avaient été commis au Canada » (*Fischbacher*, par. 35). Elle reprend en cela ses propos antérieurs dans *McVey (Re)*, p. 528, à savoir que le juge d’extradition « doit examiner si les faits sous-jacents de l’accusation constitueraient, à première vue, un crime [. . .] s’ils s’étaient produits au Canada » (*Fischbacher*, par. 35). Tout cela montre que ni le juge d’extradition ni le juge qui préside l’enquête préliminaire ne sauraient se pencher sur les moyens de défense ou les autres éléments dont la charge de présentation ou de persuasion appartient à l’accusé.

[66] Une erreur fatale entache la thèse de l’appelante et, soit dit en tout respect, le raisonnement de ma collègue la juge Abella, à savoir l’idée que l’arrêt *Ferras* aurait fondamentalement modifié le critère légal applicable à l’étape de l’incarcération. Ce n’est pas le cas. Dans cet arrêt, si notre Cour insiste sur la décision judiciaire valable qui incombe au juge d’extradition c’est seulement pour rappeler la rigueur avec laquelle il doit apprécier la preuve. Elle ne modifie pas — et ne pouvait modifier — par voie judiciaire l’exigence législative voulant que l’État requérant établisse seulement que le dossier d’extradition justifierait au Canada le renvoi à procès de l’intéressé. Il n’est jamais question, lors de la procédure de renvoi à procès, des moyens de défense éventuels pour lesquels la charge de présentation ou de persuasion appartient à l’accusé, et l’arrêt *Ferras* n’étaye en rien la thèse d’une modification fondamentale du critère d’origine législative applicable à l’étape de l’incarcération.

[67] Depuis l’arrêt *Ferras*, certaines juridictions d’appel ont statué qu’il pourrait se révéler utile de voir dans le critère applicable à l’incarcération en vue de l’extradition un critère semblable à celui appliqué en appel pour se prononcer sur la raisonnablement du jugement rendu à l’issue d’un procès (voir p. ex. *United States of America c. Graham*, 2007 BCCA 345, 243 B.C.A.C. 248, par. 31-32). Soit dit en tout respect, je ne suis pas convaincu qu’il s’agit de la bonne manière d’aborder la question de savoir si la preuve justifie l’incarcération (voir p. ex. *France c. Diab*, 2014 ONCA 374, 120 O.R. (3d) 174, par. 139).

[68] The scope of review for an unreasonable verdict is retrospective in nature. The appellate court examines the full trial record, sometimes supplemented by fresh evidence. The appellate court is not limited, as is the extradition judge, to the evidence of a bare *prima facie* case, presented in the ROC. The scope of review is also in some respects broader than the review for committal. The reviewing court is entitled to consider whether findings of credibility are supported on any reasonable view of the evidence, to intervene based on the bizarre nature of the evidence or the possibility of collusion and, in the case of a trial by judge alone, to assess reasonableness in light of the trial judge's reasons for conviction: see, e.g., *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, at p. 186; *R. v. Burke*, [1996] 1 S.C.R. 474, at paras. 7 and 53; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381, at paras. 37 and 41. These bases of intervention have no parallel in the context of committal for extradition.

[69] I respectfully conclude that it is not helpful to draw the analogy between the role of the extradition judge and that of an appellate court in determining whether a verdict after trial is unreasonable.

[70] In general, courts of appeal have interpreted *Ferras* as requiring a restrained view of the role of the extradition judge in assessing the reliability of evidence. That is the correct approach.

[71] In particular, I largely agree with the interpretation of *Ferras* given by Doherty J.A. writing for the court in *United States of America v. Anderson*, 2007 ONCA 84, 85 O.R. (3d) 380, at paras. 28-31. *Ferras* “does not envision weighing competing inferences that may arise from the evidence”, other than in the limited sense noted in *Arcuri* of considering that the inferences sought to be drawn from circumstantial evidence are reasonable: *Anderson*, at para. 28. *Ferras* does not contemplate that the extradition judge will decide whether a witness is credible or his

[68] Le contrôle du caractère raisonnable d'une décision est de nature rétrospective. La juridiction d'appel examine en effet l'ensemble du dossier du procès et, parfois, de nouveaux éléments de preuve. Contrairement au juge d'extradition, elle ne s'en tient pas à l'existence d'une simple preuve suffisante à première vue selon le DEC. De plus, le contrôle a alors une portée plus large à certains égards que lorsqu'il vise la décision d'incarcérer ou non. La juridiction d'appel peut se demander si les conclusions sur la crédibilité s'appuient sur quelque interprétation raisonnable de la preuve, intervenir en raison du caractère inhabituel de la preuve ou de la possibilité qu'il y ait eu collusion et, dans le cas d'un procès devant juge seul, évaluer le caractère raisonnable de la décision à la lumière des motifs invoqués par le juge du procès à l'appui de la déclaration de culpabilité (voir p. ex. *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, p. 186; *R. c. Burke*, [1996] 1 R.C.S. 474, par. 7 et 53; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, par. 37 et 41). De telles justifications de l'immixtion ne valent pas dans le cas de l'incarcération en vue de l'extradition.

[69] Soit dit en tout respect, je conclus qu'il n'est pas utile de faire une analogie entre le rôle du juge d'extradition et celui qu'une juridiction d'appel est appelée à jouer pour décider du caractère raisonnable ou non de la décision rendue à l'issue d'un procès.

[70] En règle générale, les juridictions d'appel retiennent de l'arrêt *Ferras* l'obligation d'interpréter restrictivement le rôle du juge d'extradition dans l'appréciation de la fiabilité de la preuve. Il s'agit de la bonne approche.

[71] Plus particulièrement, je souscris en grande partie à l'interprétation de cet arrêt par le juge Doherty, au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, dans *United States of America c. Anderson*, 2007 ONCA 84, 85 O.R. (3d) 380 (par. 28-31). Dans *Ferras*, la Cour [TRADUCTION] « ne conçoit pas d'évaluation des inférences contradictoires qui peuvent découler de la preuve », si ce n'est au sens restreint signalé dans l'arrêt *Arcuri* d'apprécier la raisonnableté des inférences que la poursuite invite le juge à tirer de la preuve circonstancielle (*Anderson*, par. 28).

or her evidence is reliable beyond determining that the evidence is not “so defective” or “so unreliable” that it should not be given any weight: *Anderson*, at para. 30. *Ferras* does not call upon the extradition judge to evaluate the relative strength of the case put forward by the requesting state. There is no power to deny extradition simply because the case appears to the extradition judge to be weak or unlikely to succeed at trial. *Ferras* requires the extradition judge, however, to remove evidence from consideration that appears to the judge to be “so defective” or “so unreliable” that it should be disregarded. This may be the result of problems inherent in the evidence itself, problems that undermine the credibility or reliability of the source of the evidence, or a combination of those two factors.

[72] I also agree with Doherty J.A. that “it is only where the concerns with respect to the reliability of the evidence, whatever the source or sources, are sufficiently powerful to justify the complete rejection of the evidence, that these concerns become germane to the s. 29(1)(a) inquiry”: *Anderson*, at para. 30. The extradition judge’s starting point is that the certified evidence is presumptively reliable: see *Ferras*, at paras. 52-56. This presumption may only be rebutted by evidence showing “fundamental inadequacies or frailties in the material relied on by the requesting state”: *Anderson*, at para. 31.

(vi) A Word About Process

[73] In *Ferras* and its companion appeals, the persons sought did not adduce evidence directed to the unreliability of the information contained in the ROC. *Ferras*, therefore, did not have to consider in detail the practical issues that arise when the person sought seeks to adduce evidence for the purpose of undermining the reliability of the requesting state’s evidence. However, *Ferras* and other jurisprudence provide helpful guidance on those questions.

Elle ne conçoit pas non plus que le juge d’extradition puisse décider qu’un témoin est crédible ou non ou que son témoignage est digne de foi ou non; son rôle se limite à s’assurer que la preuve n’est pas « à ce point viciée » ou « si peu digne de foi » qu’elle ne devrait nullement être prise en compte (*Anderson*, par. 30). L’arrêt *Ferras* n’exige pas du juge d’extradition qu’il détermine la valeur relative de la preuve avancée par l’État requérant. Le juge d’extradition n’est pas habilité à refuser l’extradition pour la seule raison que la preuve lui semble faible ou qu’il est peu probable qu’une déclaration de culpabilité en découle au procès. Cependant, l’arrêt *Ferras* exige qu’il écarte la preuve qui lui paraît « à ce point viciée » ou « si peu digne de foi » qu’il doive l’exclure. Cette conclusion pourrait découler de failles qui visent la preuve comme telle ou qui minent la crédibilité ou la fiabilité de sa source, ou encore, d’une combinaison des deux.

[72] Je conviens également avec le juge Doherty que [TRADUCTION] « ce n’est que lorsque les craintes liées à la fiabilité de la preuve, quelles que soient la ou les sources, sont suffisamment graves pour justifier le rejet de cette preuve en entier qu’elles deviennent pertinentes à l’étape de l’examen prévu à l’al. 29(1)a » (*Anderson*, par. 30). Au départ, le juge d’extradition doit présumer que la preuve versée au dossier d’extradition certifié est digne de foi (voir *Ferras*, par. 52-56). Cette présomption ne peut être réfutée que par la preuve de [TRADUCTION] « l’insuffisance ou de la faiblesse fondamentale des éléments invoqués par l’État requérant » (*Anderson*, par. 31).

(vi) Quelques mots sur la procédure

[73] Dans l’affaire *Ferras* et ses dossiers connexes, les intéressés n’avaient pas présenté d’éléments de preuve concernant la fiabilité de l’information contenue dans le DEC. Il n’était donc pas nécessaire que notre Cour se penche sur les questions d’ordre pratique qui se posent lorsque l’intéressé entend démontrer la non-fiabilité de la preuve de l’État requérant. Dans *Ferras* et dans d’autres arrêts, notre Cour formule cependant des lignes directrices utiles à cet égard.

[74] The starting point is that the person sought may adduce evidence if it is “relevant to the tests set out in subsection 29(1) if the judge considers it reliable”: *Extradition Act*, s. 32(1)(c). Thus, there are two requirements for evidence to be admissible under this provision: reliability and relevance.

[75] The reliability requirement means that the evidence must possess “sufficient indicia of reliability to make it worth consideration by the judge at the hearing”: *Ferras*, at para. 53. This “threshold reliability” requirement is not an onerous standard. It imposes “no greater evidentiary hurdle to the person sought” than the evidentiary requirements governing the requesting state: *ibid.*

[76] However — and this is a key point — the relevance requirement is linked directly to the test for committal under s. 29 of the *Extradition Act*. In other words, the evidence must be relevant to the *task of the extradition judge*, that is, whether the test for committal under s. 29(1) of the *Extradition Act* has been met. (This relevance requirement is the same whether the evidence is otherwise admissible under Canadian law or not.) To decide whether the proffered evidence is relevant in this sense, the extradition judge must consider the proposed evidence in the light of the *limited* weighing of evidence which he or she must undertake in applying the test for committal.

[77] A significant procedural point follows from this, as I see it. Before the extradition judge embarks on hearing evidence from the person sought whose object is to challenge the reliability of the evidence presented by the requesting state, the judge may, and I would suggest generally should, require an initial showing that the proposed evidence is realistically capable of satisfying the high standard that must be met in order to justify refusing committal on the basis of unreliability of the requesting state’s evidence. This showing may be based on summaries or will-say statements or similar offers of proof. If the judge concludes that the proposed evidence, taken at its highest, is not realistically capable of meeting this

[74] Au départ, l’intéressé peut présenter des éléments de preuve qui sont « pertinents pour l’application du paragraphe 29(1) et que le juge estime dignes de foi » (*Loi sur l’extradition*, al. 32(1)c)). En conséquence, pour être admissible au titre de cette disposition, la preuve doit satisfaire à deux exigences : la fiabilité et la pertinence.

[75] Pour être dignes de foi, les éléments de preuve doivent « présente[r] suffisamment d’indices de fiabilité pour mériter d’être pris en considération par le juge à l’audience » (*Ferras*, par. 53). Ce « seuil de fiabilité » n’est pas élevé. Il ne présente « pas plus de difficultés de preuve pour l’intéressé » que n’en présente la charge de présentation de l’État requérant (*ibid.*).

[76] Cependant — et c’est là un élément clé —, l’exigence de la pertinence est liée directement au critère applicable à l’incarcération qu’établit l’art. 29 de la *Loi sur l’extradition*. En d’autres termes, la preuve doit être pertinente pour ce qui concerne la *tâche du juge d’extradition*, laquelle consiste à déterminer s’il est satisfait ou non au critère applicable à l’incarcération selon le par. 29(1) de la *Loi sur l’extradition*. (Cette exigence de pertinence est la même, que la preuve soit par ailleurs admissible ou non en droit canadien.) Pour se prononcer quant à savoir si les éléments de preuve avancés revêtent ou non cette pertinence, le juge d’extradition doit les soumettre à l’évaluation *limitée* à laquelle il est tenu pour l’application du critère relatif à l’incarcération.

[77] Un point de procédure important se soulève dès lors selon moi. Avant d’entendre le témoignage de l’intéressé qui conteste la fiabilité de la preuve de l’État requérant, le juge d’extradition peut exiger — et il le devrait généralement à mon sens — que l’on démontre au préalable que les éléments de preuve proposés sont susceptibles dans les faits de satisfaire aux conditions strictes auxquelles l’incarcération peut être refusée pour non-fiabilité de la preuve de l’État requérant. Cette démonstration peut se faire au moyen de résumés ou de déclarations anticipées, ou d’autres preuves éventuelles comparables. Si le juge conclut que la preuve proposée, interprétée de la manière la plus généreuse qui soit, ne serait pas

standard, it ought not to be received. To paraphrase Charron J. in *R. v. Pires*, 2005 SCC 66, [2005] 3 S.C.R. 343, at para. 31, there is no point in permitting the evidence if there is no reasonable likelihood that it will impact on the question of committal: see also *United States of America v. Mach*, [2006] O.J. No. 3204 (QL) (S.C.J.); *Anderson*, at paras. 37-46; *United States of America v. Edwards*, 2011 BCCA 100, 306 B.C.A.C. 160, at paras. 31-35.

[78] I conclude that in order to admit evidence from the person sought, directed against the reliability of the evidence of the requesting state, the judge must be persuaded that the proposed evidence, considered in light of the entire record, could support the conclusion that the evidence essential to committal is so unreliable or defective that it should be disregarded.

[79] I recognize that the extradition judge has a limited discretion exceptionally to admit evidence that is not, strictly speaking, relevant to the committal inquiry but will be relevant to the Minister's task at the surrender stage of the proceedings. As recognized in *Kwok*, this may, in exceptional cases, be an efficient and expedient approach, fully recognizing that the extradition judge has no role in deciding the merits of the issue: paras. 6 and 74. Nothing that I have said is intended to eliminate this exceptional, discretionary power of the extradition judge.

[80] It will be helpful to give some examples of evidence that may or may not meet the high threshold justifying a refusal of committal on the basis of unreliability of the evidence.

(vii) Some Examples

[81] Appellate courts have held, and in my view correctly, that some types of evidence are either irrelevant or not sufficiently cogent to be capable

susceptible dans les faits de satisfaire à ces conditions, elle ne doit pas être entendue. Pour paraphraser les motifs de la juge Charron dans l'arrêt *R. c. Pires*, 2005 CSC 66, [2005] 3 R.C.S. 343, par. 31, il ne sert à rien de permettre la présentation de la preuve s'il n'existe aucune probabilité raisonnable que celle-ci ait une incidence sur la question de l'incarcération (voir également *United States of America c. Mach*, [2006] O.J. No. 3204 (QL) (C.S.J.); *Anderson*, par. 37-46; *United States of America c. Edwards*, 2011 BCCA 100, 306 B.C.A.C. 160, par. 31-35).

[78] Pour que soit admissible la preuve de l'intéressé visant à réfuter la fiabilité de celle avancée par l'État requérant, le juge doit selon moi être convaincu que, considérés au regard de l'ensemble du dossier, les éléments de preuve proposés pourraient permettre de conclure que la preuve essentielle pour ordonner l'incarcération est si peu digne de foi ou est à ce point viciée qu'elle devrait être écartée.

[79] Je conviens que le juge d'extradition est investi, dans certaines circonstances exceptionnelles, d'un pouvoir discrétionnaire restreint qui lui permet d'admettre des éléments de preuve qui ne sont pas vraiment pertinents à l'étape de l'incarcération, mais qui le seront à celle de l'arrêt d'extradition. Notre Cour reconnaît dans l'arrêt *Kwok* qu'il peut exceptionnellement s'agir d'une mesure utile et opportune, ce qui confirme nettement que le juge d'extradition n'a pas à se prononcer sur le fond de la question (par. 6 et 74). Malgré ce qui précède, mon propos n'est pas de supprimer ce pouvoir discrétionnaire exceptionnel du juge d'extradition.

[80] Il convient de donner quelques exemples d'éléments de preuve qui seraient susceptibles ou non de satisfaire aux conditions strictes auxquelles la non-fiabilité de la preuve peut justifier le refus de l'incarcération.

(vii) Quelques exemples

[81] Les juridictions d'appel ont décidé — à raison, selon moi — que certains types d'éléments de preuve sont soit non pertinents, soit insuffisamment

of allowing the person sought to successfully challenge the reliability of the evidence in the ROC.

[82] For instance, generally speaking, proposed evidence that does nothing more than to invite the judge to assess the credibility of evidence contained in the ROC is not admissible: see, e.g., *Scarpitti v. United States of America*, 2007 BCCA 498, 247 B.C.A.C. 234, at paras. 40-43; *United States of America v. Orphanou*, 2011 ONCA 612, 107 O.R. (3d) 365, at paras. 33-39; *United States of America v. Ranga*, 2012 BCCA 81, 317 B.C.A.C. 207, at paras. 33-37; *Canada (Attorney General) v. Bennett*, 2014 BCCA 145, 353 B.C.A.C. 311, at para. 24; *United States of America v. Aneja*, 2014 ONCA 423, 120 O.R. (3d) 620, at paras. 31-46; *United States of America v. U.A.S.*, 2013 BCCA 483, 344 B.C.A.C. 302, at para. 38. It is generally not appropriate for the extradition judge to evaluate the credibility of witness evidence in relation to the facts of the alleged offence because such an inquiry “invites a comparison and weighing of alternatives that goes beyond the limited role of an extradition judge”: *Bennett*, at para. 24.

[83] Courts have also held that, generally speaking, evidence which establishes a basis for competing inferences of guilt or innocence is inadmissible at the committal hearing. Evidence of that nature generally cannot rebut the presumed reliability of the ROC or show that inferences relied on by the requesting state are unreasonable: *Canada (Attorney General) v. Viscomi*, 2014 ONCA 879, 329 O.A.C. 47, at paras. 16-20; *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2009 BCCA 94, 267 B.C.A.C. 155, at para. 31; *Anderson*, at para. 28. As mentioned earlier, the test for committal does not require that guilt be the only possible inference that can be drawn from the evidence; it need only be a reasonable inference. The fact that evidence — either contained in the ROC or adduced by the person sought — can support inferences consistent with the innocence of the person sought is not relevant to the test for committal. Just as with the ultimate determination of credibility, the choice between competing inferences — provided the one relied on by the requesting state is reasonable — “is ultimately a decision

convaincants pour permettre à l’intéressé de contester avec succès la fiabilité de la preuve versée au DEC.

[82] Ainsi, en général, les éléments de preuve proposés qui ne font qu’inviter le juge à apprécier la crédibilité de la preuve contenue dans le DEC ne sont pas admissibles (voir p. ex. *Scarpitti c. United States of America*, 2007 BCCA 498, 247 B.C.A.C. 234, par. 40-43; *United States of America c. Orphanou*, 2011 ONCA 612, 107 O.R. (3d) 365, par. 33-39; *United States of America c. Ranga*, 2012 BCCA 81, 317 B.C.A.C. 207, par. 33-37; *Canada (Attorney General) c. Bennett*, 2014 BCCA 145, 353 B.C.A.C. 311, par. 24; *United States of America c. Aneja*, 2014 ONCA 423, 120 O.R. (3d) 620, par. 31-46; *United States of America c. U.A.S.*, 2013 BCCA 483, 344 B.C.A.C. 302, par. 38). De façon générale, il ne convient pas que le juge d’extradition apprécie la crédibilité d’un témoignage relativement aux faits de l’infraction reprochée, car une telle appréciation [TRADUCTION] « appelle une comparaison et une évaluation [de différentes possibilités], ce qui déborde le cadre du rôle limité qui lui est confié » (*Bennett*, par. 24).

[83] Les tribunaux ont également décidé que, en règle générale, les éléments de preuve qui permettent d’inférer à la fois la culpabilité et l’innocence ne sont pas admissibles à l’audience relative à l’incarcération. Les éléments de preuve de cette nature ne permettent généralement pas de réfuter la présomption de fiabilité du DEC ni ne montrent que les inférences invoquées par l’État requérant sont déraisonnables (*Canada (Attorney General) c. Viscomi*, 2014 ONCA 879, 329 O.A.C. 47, par. 16-20; *Canada (Attorney General) c. Hislop*, 2009 BCCA 94, 267 B.C.A.C. 155, par. 31; *Anderson*, par. 28). Rappelons que, selon le critère applicable à l’incarcération, point n’est besoin que seule la culpabilité puisse être inférée de la preuve; il suffit que cette inférence soit raisonnable. La possibilité que les éléments de preuve — qu’ils soient contenus dans le DEC ou présentés par l’intéressé — appuient des inférences compatibles avec l’innocence de la personne en cause n’est pas pertinente pour l’application du critère. Tout comme la conclusion finale sur la crédibilité, le choix entre des inférences contradictoires, à condition que

for the fact finder at trial, not for the extradition judge”: *Hislop*, at para. 31.

[84] Similarly, evidence that establishes a defence or attempts to establish a different or exculpatory account of events will generally be inadmissible as it does not affect the reliability of the requesting state’s evidence: *Singh v. Canada (Attorney General)*, 2007 BCCA 157, 238 B.C.A.C. 213, at para. 56; *Canada (Minister of Justice) v. Gorcyca*, 2007 ONCA 76, 220 O.A.C. 35, at paras. 15-20; *United States of America v. Lorenz*, 2007 BCCA 342, 243 B.C.A.C. 219, at paras. 46-47; *Canada (Attorney General) v. Sosa*, 2012 ABCA 242, 536 A.R. 61, at para. 20; *Canada (Attorney General) v. Aziz*, 2013 BCCA 414, 342 B.C.A.C. 305, at para. 36; *United States of America v. Doak*, 2015 BCCA 145, 323 C.C.C. (3d) 219, at paras. 51-56. Extradition judges should generally decline to consider different or innocent accounts of events as it requires an assessment of the evidence’s ultimate reliability, which is within the realm of the trier of fact: see *Doak*, at para. 55. It is for the foreign court to assume this role, not the extradition judge.

[85] This is not to say that courts must always reject evidence which (1) invites the judge to assess credibility, (2) establishes a basis for competing inferences, or (3) provides for an exculpatory account of events. It is possible that such evidence may in certain, and likely fairly unusual, cases meet the high threshold for showing that the evidence of the requesting state should not be relied on. *Ferras* leaves open the possibility that, for example, evidence of virtually unimpeachable authenticity and reliability which contradicts the ROC could rebut the presumption of its reliability and could justify refusal to commit. Such situations I would expect to be very rare.

(c) *Application*

[86] As I have explained, there is nothing in *Ferras* to suggest that the extradition judge has a role to play

l’inférence invoquée par l’État requérant soit raisonnable, [TRADUCTION] « relève en dernier ressort du juge des faits lors du procès, non du juge d’extradition » (*Hislop*, par. 31).

[84] De même, les éléments de preuve qui établissent une défense ou qui visent à établir une version des faits différente ou disculpatoire ne sont généralement pas admissibles parce qu’ils ne touchent pas la fiabilité de la preuve de l’État requérant (*Singh c. Canada (Attorney General)*, 2007 BCCA 157, 238 B.C.A.C. 213, par. 56; *Canada (Minister of Justice) c. Gorcyca*, 2007 ONCA 76, 220 O.A.C. 35, par. 15-20; *United States of America c. Lorenz*, 2007 BCCA 342, 243 B.C.A.C. 219, par. 46-47; *Canada (Attorney General) c. Sosa*, 2012 ABCA 242, 536 A.R. 61, par. 20; *Canada (Attorney General) c. Aziz*, 2013 BCCA 414, 342 B.C.A.C. 305, par. 36; *United States of America c. Doak*, 2015 BCCA 145, 323 C.C.C. (3d) 219, par. 51-56). Le juge d’extradition devrait généralement refuser d’examiner une version des faits différente ou disculpatoire, car cela requiert d’évaluer au final la fiabilité de la preuve, ce qui relève du juge des faits (voir *Doak*, par. 55). C’est au tribunal étranger qu’il appartient d’examiner un tel élément, non au juge d’extradition.

[85] Pour autant, il n’y a pas toujours lieu de rejeter un élément de preuve contradictoire (1) qui invite le juge à apprécier la crédibilité, (2) qui permet de tirer des inférences contradictoires ou (3) qui offre une version des faits disculpatoire. Il se peut que cet élément de preuve satisfasse parfois, quoique assez rarement, au critère strict qui vaut lorsqu’il s’agit de démontrer que la preuve de l’État requérant ne devrait pas être retenue. Il demeure possible, suivant l’arrêt *Ferras*, qu’un élément de preuve dont l’authenticité et la fiabilité sont pour ainsi dire inattaquables et qui contredit le DEC réfute la présomption de fiabilité de ce dernier de manière à justifier le refus d’ordonner l’incarcération. À mon avis, une telle situation est assez peu susceptible de se présenter.

c) *Application*

[86] Je le rappelle, l’arrêt *Ferras* ne donne nullement à penser que le juge d’extradition peut

with respect to defences on which the accused bears a burden of proof, including the excuse of qualified necessity set out in s. 285 of the *Criminal Code*. *Ferras* reiterates that the test remains whether there is evidence that is sufficient to justify committal for trial, as set out in s. 29 of the *Extradition Act*. That statutory direction is inconsistent with the consideration of defences because they (and other matters on which the accused has an evidential burden) have never formed part of the test for committal to trial in the preliminary inquiry context. Moreover, any scope for considering defences would undermine the limited burden of the requesting state to provide evidence of a *prima facie* case. And, from a practical standpoint, considering defences would fundamentally change the nature of the extradition hearing, making it more akin to a trial. *Ferras*, as we have seen, did not mandate any such fundamental re-imagining of the committal process; it simply enhanced the extradition judge's authority to engage in limited weighing of the evidence in applying the test for committal under s. 29 of the *Extradition Act*.

[87] Similarly, there is nothing in *Ferras* to support the contention that the extradition judge should generally weigh exculpatory evidence. Rather, *Ferras* holds that any weighing must only be in the context of deciding whether the evidence undermines the presumed reliability of the requesting state's evidence to the point that it should be discarded.

[88] Finally on this point, *Ferras* does not mandate, or even provide any support for, the change the appellant wants to the role of the extradition judge with respect to double criminality.

[89] The extradition judge, respectfully, erred in law in weighing and relying on evidence of defences and other exculpatory circumstances. She gave no weight to the presumption of reliability of the ROC, accepted some accounts given by some of the children in relation to the facts of the offences and weighed the evidence and, having done so, rejected the evidence in the ROC.

s'intéresser aux moyens de défense pour lesquels l'accusé a une charge de preuve, y compris la défense restreinte de nécessité prévue à l'art. 285 du *Code criminel*. Dans cet arrêt, notre Cour confirme que le critère demeure celui de savoir si la preuve est suffisante pour justifier le renvoi à procès, ainsi que le prévoit l'art. 29 de la *Loi sur l'extradition*. La loi exclut donc la prise en compte de quelque moyen de défense (ou autre élément pour lequel l'accusé a une charge de présentation), car celui-ci n'a jamais été pertinent pour l'application du critère du renvoi à procès lors de l'enquête préliminaire. De plus, la moindre marge de manœuvre qui permettrait l'examen d'un moyen de défense compromettrait la faculté de l'État requérant de s'acquitter de son obligation limitée d'avancer une preuve suffisante à première vue. Qui plus est, sur le plan pratique, l'examen d'une défense modifierait en profondeur la nature de l'audience d'extradition et la rapprocherait d'un procès. Comme nous l'avons vu, l'arrêt *Ferras* ne commande pas une telle reconfiguration fondamentale de la procédure relative à l'incarcération, mais accroît seulement le pouvoir du juge d'extradition de se livrer à une évaluation limitée de la preuve lorsqu'il applique le critère de l'art. 29 de la *Loi sur l'extradition*.

[87] L'arrêt *Ferras* ne permet pas non plus de soutenir que le juge d'extradition devrait généralement sopeser un élément de preuve disculpatoire. Notre Cour y dit plutôt que le juge ne peut le faire que pour déterminer si la preuve mine la fiabilité présumée de la preuve de l'État requérant au point que celle-ci doit être écartée.

[88] Enfin, l'arrêt *Ferras* ne commande pas, ni même n'appuie, la modification que l'appelante veut apporter au rôle du juge d'extradition quant à la double incrimination.

[89] À mon humble avis, la juge d'extradition commet une erreur de droit lorsqu'elle soupèse et invoque la preuve de moyens de défense et d'autres éléments disculpatoires. Elle ne tient nullement compte de la présomption de fiabilité du DEC, elle admet également le récit de certains des enfants sur les faits à l'origine des infractions, elle soupèse la preuve, puis elle rejette celle contenue dans le DEC.

[90] The extradition judge also erred in law in relation to the requirements for a *prima facie* case and the elements of the necessity defence.

[91] With respect to s. 280(1) of the *Criminal Code* (abduction of a person under 16), the extradition judge found that “a ‘meaningful judicial assessment’ of all of the evidence . . . indicates clearly that the children left of their own volition, and that they were not taken out of the father’s possession by anyone, and certainly not by [the appellant]”: para. 61, quoting *Ferras*, at para. 25. She found that “all of the evidence” indicates that the three children ran away from their father’s residence and that their elder sister drove them to Canada: para. 62. Respectfully, these conclusions are wrong in law and in fact.

[92] First, the law. Depriving parents of the “possession” (s. 280(1) of the *Criminal Code*) of their children is not limited to circumstances in which the parents were in physical control of the children at the time of the taking. The essence of the offence is not a physical taking of the child, but interference with the parent’s exercise of his or her right of control over the child: see, e.g., *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864; *R. v. Dawson*, [1996] 3 S.C.R. 783; *R. v. Vokey*, 2005 BCCA 498, 217 B.C.A.C. 231; *R. v. Flick*, 2005 BCCA 499, 217 B.C.A.C. 237. Contrary to what the extradition judge assumed, in order to be found guilty of taking the children out of the lawful possession of their father, the prosecution would not have to establish that the appellant physically took the children.

[93] As for the facts, the extradition judge failed to recognize that there was conflicting evidence adduced on behalf of the appellant concerning how the children came to be with her in Canada. There was evidence supporting the version of events that the extradition judge adopted. There was also evidence, however, supporting the proposition that the appellant had taken the children to Canada precisely for the purpose of keeping them away from their father. The extradition judge admitted a Youth Court judgment dated May 26, 2011, which indicated that at

[90] La juge d’extradition commet également une erreur de droit en ce qui a trait aux exigences relatives à une preuve suffisante à première vue et aux éléments de la défense de nécessité.

[91] En ce qui concerne le par. 280(1) du *Code criminel* (enlèvement d’une personne âgée de moins de 16 ans), la juge d’extradition conclut [TRADUCTION] « qu’une “appréciation judiciaire valable” de l’ensemble de la preuve [. . .] montre sans conteste que les enfants sont partis de leur plein gré et qu’ils n’ont pas été enlevés à leur père par qui que ce soit, et certainement pas par [l’appelante] » (par. 61, citant *Ferras*, par. 25). Elle ajoute que « l’ensemble de la preuve » montre que les trois enfants se sont enfuis de chez leur père et que leur sœur aînée les a conduits au Canada (par. 62). À mon humble avis, ces conclusions sont erronées en fait et en droit.

[92] Premièrement, en ce qui concerne le droit, ce n’est pas seulement lorsqu’il exerce la surveillance physique des enfants que le père ou la mère peut être privé de la « possession » (par. 280(1) du *Code criminel*) de ses enfants. L’infraction ne consiste pas, pour l’essentiel, à s’emparer des enfants, mais plutôt à entraver l’exercice par le père ou la mère de son droit de surveillance des enfants (voir p. ex. *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864; *R. c. Dawson*, [1996] 3 R.C.S. 783; *R. c. Vokey*, 2005 BCCA 498, 217 B.C.A.C. 231; *R. c. Flick*, 2005 BCCA 499, 217 B.C.A.C. 237). Contrairement à ce que suppose la juge d’extradition, pour que l’appelante soit déclarée coupable d’avoir privé le père de la possession légitime des enfants, la poursuite n’est pas tenue d’établir qu’elle a bel et bien emmené les enfants.

[93] En ce qui concerne les faits, la juge d’extradition ne reconnaît pas l’existence d’éléments de preuve contradictoires présentés pour le compte de l’appelante sur la façon dont les enfants se sont retrouvés avec cette dernière au Canada. Des éléments de preuve appuient la version des faits que retient la juge d’extradition. Cependant, des éléments de preuve permettent également de conclure que l’appelante a emmené les enfants au Canada précisément pour les éloigner de leur père. La juge d’extradition admet en preuve un jugement du Tribunal

the end of November 2010, “[t]he children . . . left Georgia with their mother and moved to Canada”: para. 49, quoting the Youth Court judgment, at para. 10. The extradition judge also admitted a report by Quebec’s Director of Youth Protection (“DYP”) from January 2011. The oldest child is reported to have told the DYP that they “left Georgia with their mother and moved to Canada”: A.R., vol. III, at p. 98. The middle child said that they stayed with friends or family “until their departure for Canada with their mother”: *ibid.*, at p. 99. The appellant herself told the DYP that “this is not the first time” that she has taken the children without authorization and that she “took her children to Canada with no regards to the interdiction of contact . . . [s]he is aware that her actions were illegal”: *ibid.*, at p. 101. The record before the extradition judge could not reasonably be thought to meet the threshold of showing either that the evidence in the ROC was so unreliable that it should be discarded or that the inferences relied on by the requesting state were unreasonable.

[94] With respect to s. 282(1) of the *Criminal Code* (abduction in contravention of a custody order), the extradition judge found that the appellant could not be found guilty in Canada of this offence because she would be entitled to the qualified defence of necessity under s. 285 of the *Criminal Code*. Again, the extradition judge erred both in law and in fact.

[95] With respect to the law, it was not part of the extradition judge’s role to consider whether there might be valid defences to the Canadian offences. In order to obtain a committal for trial, the prosecution does not have to negate defences, such as the excuse set out in s. 285, on which the accused bears the evidential burden. As for the facts, the extradition judge did not consider that s. 285 requires that there be danger of imminent harm either to the children or to the appellant. There was evidence of neither.

de la jeunesse daté du 26 mai 2011 dans lequel il est indiqué que, à la fin de novembre 2010, [TRADUCTION] « [I]es enfants [. . .] ont quitté la Géorgie avec leur mère et se sont rendus au Canada » (par. 49, citant le jugement de la Cour du Québec, chambre de la jeunesse, par. 10). La juge d’extradition admet en outre un rapport du directeur de la protection de la jeunesse (le « DPJ ») du Québec datant de janvier 2011. L’aîné des enfants aurait dit au DPJ qu’ils [TRADUCTION] « [avaient] quitté la Géorgie avec leur mère et [s’étaient] rendus au Canada » (d.a., vol. III, p. 98). Le deuxième aurait dit qu’ils avaient séjourné chez des amis ou des membres de la famille « jusqu’à leur départ pour le Canada avec leur mère » (*ibid.*, p. 99). L’appelante a même dit au DPJ que « ce n’[était] pas la première fois » qu’elle emmenait les enfants sans y être autorisée et qu’elle « avait emmené les enfants au Canada sans égard à l’interdiction de communication [. . .] [e]lle [savait] que sa conduite était illégale » (*ibid.*, p. 101). On ne pouvait raisonnablement considérer que le dossier de la juge d’extradition établissait que le DEC était si peu digne de foi qu’il devait être écarté ou que les inférences invoquées par l’État requérant étaient déraisonnables.

[94] En ce qui concerne le par. 282(1) du *Code criminel* (enlèvement en contravention avec une ordonnance de garde), la juge d’extradition estime que l’appelante ne peut être déclarée coupable au Canada de cette infraction parce qu’elle peut invoquer la défense restreinte de nécessité que prévoit l’art. 285 du *Code criminel*. Elle commet à nouveau une erreur tant de droit que de fait.

[95] Sur le plan du droit, il n’appartient pas au juge d’extradition de se prononcer sur l’existence possible d’un moyen de défense valable à une infraction canadienne. Pour obtenir une ordonnance de renvoi à procès, la poursuite n’est pas tenue de prouver l’inexistence d’un moyen de défense, tel celui prévu à l’art. 285, pour lequel la charge de présentation incombe à l’accusé. Quant aux faits, la juge d’extradition méconnaît l’exigence, à l’art. 285, d’un danger imminent pour les enfants ou l’appelante. Aucun élément ne tendait à prouver l’existence d’un tel danger.

(d) *Conclusion*

[96] The extradition judge exceeded her role by failing to give weight to the presumption of reliability of the ROC, and in weighing evidence that was incapable of showing that evidence in the ROC was so unreliable that it should be rejected or of showing that the inferences relied on by the requesting state were unreasonable. The extradition judge also erred in law in relation to her analysis of the Canadian offences.

(3) Second Issue: Was the Evidence in the ROC Sufficient to Justify Committal?(a) *Decisions and Submissions*

[97] The extradition judge found that the ROC, taken at face value, was not sufficient to justify committal for either offence. She found that it did not provide “any evidence whatsoever” of two of the essential elements of the offence of the abduction of a person under the age of 16 (s. 280(1) of the *Criminal Code*): para. 61. There was no evidence that the appellant took the children or that she did so out of the possession of and against the will of their father. With respect to the offence relating to abduction in contravention of a custody order (s. 282(1) of the *Criminal Code*), the extradition judge found that the ROC contained “no evidence whatsoever” that the appellant had received or harboured the children with the specific intent of depriving their father of possession: para. 67.

[98] The Court of Appeal disagreed with both of these conclusions and held that the ROC supported reasonable inferences of the existence of all of the essential elements of the Canadian offences. The extradition judge erred, the court held, by evaluating the relative strength of the case and by assessing witness credibility rather than deciding whether there was some evidence available for trial that was not manifestly unreliable on every essential element of the parallel Canadian crime.

d) *Conclusion*

[96] La juge d'extradition outrepassa son rôle en ne tenant pas compte de la présomption de fiabilité du DEC et en soupesant des éléments de preuve qui n'étaient pas susceptibles de démontrer que la preuve versée au dossier était si peu digne de foi qu'elle devait être rejetée ou d'établir que les inférences invoquées par l'État requérant étaient déraisonnables. Elle commet en outre une erreur de droit dans son analyse des infractions canadiennes.

(3) Deuxième question en litige : Le contenu du DEC est-il suffisant pour justifier l'incarcération?a) *Décisions et arguments*

[97] La juge d'extradition conclut que, à première vue, le DEC ne justifie pas l'incarcération pour l'une ou l'autre des infractions. À son avis, le DEC ne contient [TRADUCTION] « pas la moindre preuve » des deux éléments essentiels de l'infraction d'enlèvement d'une personne âgée de moins de 16 ans (par. 280(1) du *Code criminel*) (par. 61). Aucun élément n'établit que l'appelante a enlevé les enfants ou qu'elle a privé leur père de leur possession et ainsi agi à l'encontre de la volonté de ce dernier. En ce qui concerne l'infraction d'enlèvement en contravention avec une ordonnance de garde (par. 282(1) du *Code criminel*), la juge d'extradition conclut que le DEC ne contient « pas la moindre preuve » que l'appelante a accueilli ou hébergé les enfants dans le but précis de priver leur père de leur possession (par. 67).

[98] La Cour d'appel se dit en désaccord avec la juge d'extradition et conclut que le DEC permet d'inférer raisonnablement l'existence de tous les éléments essentiels des infractions canadiennes. Selon elle, la juge d'extradition a tort de s'interroger sur la valeur relative de la preuve et d'apprécier la crédibilité des témoins plutôt que de se soucier de la disponibilité pour le procès d'éléments de preuve qui ne sont pas manifestement peu dignes de foi quant à chacun des éléments essentiels de l'infraction canadienne correspondante.

[99] The appellant submits that the Court of Appeal was wrong to overrule the extradition judge. I disagree.

(b) *Analysis*

[100] As the Court of Appeal found, the ROC supported committal. The ROC stated that the children, while in the sole custody of their father, were reported by him as missing on October 30, 2010 and that he had given no authority for anyone to take the children. They were found by a Georgia police officer in Gordon County, Georgia, in a car driven by the appellant on November 9, 2010, even though there was a court order that she could have no contact with them. The ROC further stated that the children were still missing in the middle of December 2010 and that they were tracked to a women's shelter using the internet service provider logins of the two oldest children. The three missing children and the appellant were found in the shelter. This circumstantial evidence and the reasonable inferences that could be drawn from it were sufficient to conclude that a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilt regarding the abduction of a person under 16 offence (s. 280(1) of the *Criminal Code*): Court of Appeal judgment, at para. 15 (CanLII).

[101] The ROC permitted reasonable inferences that the appellant had taken the children out of the possession of and against the will of the parent who had lawful care or charge of them, as is prohibited by s. 280(1) of the *Criminal Code*. Similarly, the ROC established that the appellant was aware that the father had full custody and that she did not have the right to be in contact with the children. Again, this is sufficient to support a reasonable inference that the appellant had abducted the children in violation of a custody order with the intent to deprive the father of their possession contrary to s. 282(1) of the *Criminal Code*.

[102] As the Court of Appeal found, by setting aside the circumstantial evidence offered by the requesting state and the reasonable inferences that

[99] L'appelante soutient que la Cour d'appel a tort d'infirmer la décision de la juge d'extradition. Je ne suis pas d'accord.

b) *Analyse*

[100] Comme le conclut la Cour d'appel, le DEC appuie l'incarcération. Il appert de celui-ci que, pendant qu'il avait la garde exclusive des enfants, le père a signalé leur disparition le 30 octobre 2010. Il n'avait autorisé personne à les prendre. Les enfants ont été retrouvés le 9 novembre 2010 par un agent de police de la Géorgie, dans le comté de Gordon, en Géorgie, à bord d'un véhicule que conduisait l'appelante, même si elle était sous le coup d'une ordonnance lui interdisant tout contact avec eux. Le DEC révèle en outre que les enfants étaient toujours portés disparus à la mi-décembre 2010, mais que les connexions du fournisseur de services Internet des deux aînés ont permis de découvrir qu'ils se trouvaient dans un refuge pour femmes battues. Les trois enfants portés disparus et l'appelante ont été retrouvés dans ce refuge. Cette preuve circonstancielle et les inférences raisonnables qui pouvaient en être tirées étaient suffisantes pour permettre à un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées de parvenir à un verdict de culpabilité pour enlèvement d'une personne âgée de moins de 16 ans (par. 280(1) du *Code criminel*) (jugement de la Cour d'appel, par. 15 (CanLII)).

[101] Le DEC permet d'inférer raisonnablement que l'appelante a enlevé les enfants de la possession et contre la volonté de la personne qui en avait la garde ou la charge légale, contrairement au par. 280(1) du *Code criminel*. De même, le DEC établit que l'appelante savait que le père avait la garde exclusive des enfants et qu'elle n'avait pas le droit de communiquer avec eux. Là encore, cela suffit pour inférer raisonnablement que l'appelante a enlevé les enfants en contravention avec une ordonnance de garde avec l'intention de priver leur père de leur possession, contrairement au par. 282(1) du *Code criminel*.

[102] Ainsi que le conclut la Cour d'appel, en écartant la preuve circonstancielle présentée par l'État requérant et les inférences raisonnables que

could be drawn from it, the extradition judge went beyond the limited weighing of the evidence allowed by *Ferras*. The Court of Appeal rightly intervened.

[103] I would dismiss the appeal relating to the committal order.

D. *Appeal From the Surrender Decision*

(1) Introduction and Issues

[104] The issues here concern judicial review of the Minister's decision to surrender the appellant for extradition. The appellant says that the Minister's surrender decision was unreasonable and that the Court of Appeal was wrong to find otherwise. She makes two main points, one concerning the apparent absence in Georgia of a defence of necessity to the abduction charges and the other in relation to the best interests of the children. The questions at issue raised by the appellant can be stated as follows:

- (1) Did the Minister fail to give appropriate consideration to the fact that a defence potentially available to her under Canadian law is not available under the law of the requesting state?
- (2) Did the Minister fail to give appropriate consideration to the effect of extradition on the best interests of the appellant's children?

[105] The appellant contends that the Minister did not give adequate consideration to either question and that as a result his decision is unreasonable. Both of these matters, in her submission, should have engaged the Minister's duty to refuse surrender set out in s. 44(1)(a) of the *Extradition Act*. It provides that the Minister "shall refuse to make a surrender order" if he or she is satisfied that "the surrender would be unjust or oppressive having regard to all the relevant circumstances".

[106] There is no dispute that the standard of review that the Court of Appeal had to apply to the Minister's decision was reasonableness. This standard was authoritatively described in *Lake v. Canada*

cette preuve permettait de tirer, la juge d'extradition va au-delà de l'évaluation limitée permise dans l'arrêt *Ferras*. La Cour d'appel a eu raison d'intervenir.

[103] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi contre l'ordonnance d'incarcération.

D. *Pourvoi contre l'arrêté d'extradition*

(1) Introduction et questions en litige

[104] Dans ce volet du pourvoi, les questions en litige ont trait au contrôle judiciaire de la décision du ministre d'ordonner l'extradition de l'appelante. Cette dernière affirme que la décision n'est pas raisonnable et que la Cour d'appel a tort de conclure le contraire. Elle invoque principalement deux choses : l'impossibilité apparente, en Géorgie, d'opposer la défense de nécessité à une accusation d'enlèvement, et l'intérêt supérieur des enfants. Ces points peuvent être formulés comme suit :

- (1) Le ministre a-t-il omis de prendre dûment en compte l'inexistence, dans l'État requérant, d'un moyen de défense que le droit canadien pourrait offrir à l'appelante?
- (2) Le ministre a-t-il omis de prendre dûment en compte l'effet de l'extradition sur l'intérêt supérieur des enfants de l'appelante?

[105] L'appelante soutient que le ministre n'a pas dûment tenu compte de ces éléments, de sorte que sa décision est déraisonnable. Selon elle, ces deux considérations auraient dû emporter l'obligation du ministre de refuser l'extradition prévue à l'al. 44(1)a) de la *Loi sur l'extradition*. Suivant cette disposition, le ministre « refuse l'extradition » s'il est convaincu que « l'extradition serait injuste ou tyrannique compte tenu de toutes les circonstances ».

[106] Nul ne conteste que la norme de contrôle que la Cour d'appel devait appliquer à la décision du ministre était celle de la raisonabilité, une norme que notre Cour définit de façon péremptoire

(*Minister of Justice*), 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761, at para. 41:

To apply this standard in the extradition context, a court must ask whether the Minister considered the relevant facts and reached a defensible conclusion based on those facts. . . . If . . . the Minister has identified the proper test, the conclusion he has reached in applying that test should be upheld by a reviewing court unless it is unreasonable. . . . Given the Minister’s expertise and his obligation to ensure that Canada complies with its international commitments, he is in the best position to determine whether the factors weigh in favour of or against extradition. [Emphasis added.]

The ultimate question on appeal, therefore, is whether the Minister’s decision was unreasonable. In my view, it was not. I will address the necessity defence and best interests of the child separately, but we must recognize that the Minister was obliged to consider these matters individually and cumulatively: *Fischbacher*, at para. 37, quoting *United States of America v. Johnson* (2002), 62 O.R. (3d) 327 (C.A.), at para. 45.

(2) The Decisions Below

(a) *The Minister’s Decision*

[107] The appellant submitted to the Minister that ordering her surrender would be “unjust or oppressive” because she had a defence to the charges and that extradition would be contrary to her children’s best interests. On the first issue, the Minister noted that the Court of Appeal had determined there was sufficient evidence to order the appellant’s committal; that it was not his role to question the sufficiency of this evidence; that defences should be left to the foreign trial court to consider; and that, although she would be unable to raise a defence of necessity before the Georgia court, she could raise a defence of coercion. On the second issue, he concluded that “[t]he best interests of [the appellant’s] children are by no means clear” (Minister’s decision, at p. 4 (A.R., vol. I, at p. 69)); that the impact of extradition on the children was unclear; and that there were important considerations favouring her surrender. Considering these matters separately and cumulatively alongside a number of other relevant factors,

dans l’arrêt *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761, par. 41 :

La cour qui applique cette norme dans le contexte d’une demande d’extradition doit alors déterminer si le ministre a tenu compte des faits pertinents et tiré une conclusion susceptible de se justifier au regard de ces faits. [. . .] [L]orsque le ministre a choisi le bon critère, sa conclusion devrait être confirmée par la cour à moins qu’elle ne soit déraisonnable. [. . .] L’expertise du ministre en la matière et son obligation de veiller au respect des obligations internationales du Canada le rendent plus apte à déterminer si les facteurs pertinents militent ou non en faveur de l’extradition. [Je souligne.]

Au final, la question à trancher en appel est donc celle de savoir si la décision du ministre est déraisonnable ou non. À mon avis, elle ne l’est pas. J’analyserai séparément la défense de nécessité et l’intérêt supérieur de l’enfant, mais force est de reconnaître que le ministre devait examiner les deux à la fois séparément et collectivement (*Fischbacher*, par. 37, citant *United States of America c. Johnson* (2002), 62 O.R. (3d) 327 (C.A.), par. 45).

(2) Les décisions des tribunaux inférieurs

a) *La décision du ministre*

[107] L’appelante a fait valoir au ministre que son extradition serait « injuste ou tyrannique » parce qu’elle avait une défense à opposer aux accusations et que la mesure irait à l’encontre de l’intérêt supérieur de ses enfants. Sur le premier point, le ministre relève la conclusion de la Cour d’appel voulant que la preuve soit suffisante pour ordonner l’incarcération de l’appelante. Il ajoute qu’il ne lui appartient pas de s’interroger sur le caractère suffisant de cette preuve, qu’il revient au juge du procès de l’État étranger d’examiner les moyens de défense et que même si, en défense, elle ne peut invoquer la nécessité en Géorgie, l’appelante peut y invoquer la coercition. Quant au deuxième point, le ministre conclut que [TRADUCTION] « [l]’intérêt supérieur des enfants [de l’appelante] est loin d’être clair » (décision du ministre, p. 4 (d.a., vol. I, p. 69)), que les répercussions de l’extradition sur les enfants ne sont pas claires et que des considérations importantes militent en faveur de l’extradition de l’appelante.

he determined that the appellant's surrender would not be unjust or oppressive.

(b) *Quebec Court of Appeal*

[108] The Court of Appeal concluded that the Minister's decision was reasonable. He had appropriately considered the children's best interests and had carefully analyzed submissions based on the Superior Court's findings related to the children's situation. The decision contained no reviewable error warranting the court's intervention.

(3) First Issue: Defences

(a) *Submissions*

[109] The appellant submits that the Minister's decision to surrender is unreasonable because it did not take into consideration the fact that the defence of necessity, on which the appellant relies, does not exist in the requesting state. The appellant submits that this issue is of fundamental importance, and if the defence is not taken into consideration at the committal stage, then it must necessarily become relevant at the ministerial stage. While the Minister did mention that the defence of coercion was available in the requesting state, the appellant contends that this is irrelevant as it does not take into account the same factors as s. 285 of the *Criminal Code*.

[110] The respondent asserts that the Minister was right in noting that the appellant will receive a fair trial in the requesting state despite her inability to raise a necessity defence at trial. Moreover, the Minister was attentive to the appellant's situation, as he received information from the U.S. Department of Justice that the appellant would be able to raise the defence of coercion. The fact that the defences afforded to the appellant under Canadian and U.S. law are not identical does not make surrender unjust or oppressive.

Après examen de ces points séparément et collectivement, ainsi que d'autres facteurs pertinents, le ministre statue que l'extradition de l'appelante ne serait pas injuste ou tyrannique.

b) *Cour d'appel du Québec*

[108] La Cour d'appel du Québec conclut que la décision du ministre est raisonnable. Le ministre tient dûment compte de l'intérêt supérieur des enfants et analyse soigneusement les arguments à la lumière des conclusions de la Cour supérieure sur la situation des enfants. La décision ne comporte aucune erreur susceptible de justifier son intervention à l'issue d'un contrôle.

(3) Première question à trancher : les moyens de défense

a) *Arguments*

[109] L'appelante soutient que la décision du ministre d'ordonner son extradition est déraisonnable parce qu'elle ne tient pas compte de l'inexistence dans l'État requérant de la défense de nécessité qu'elle entend invoquer. Il s'agit selon elle d'un élément d'une importance fondamentale, et si la défense n'est pas prise en compte à l'étape de l'incarcération, elle doit nécessairement devenir pertinente à l'étape de la décision ministérielle. Le ministre fait mention de la possibilité d'invoquer la défense de coercition dans l'État requérant, mais l'appelante soutient que cela importe peu, car d'autres facteurs que ceux prévus à l'art. 285 du *Code criminel* valent pour cette défense.

[110] L'intimé fait valoir que le ministre signale à juste titre que l'appelante bénéficiera d'un procès équitable dans l'État requérant même si elle ne peut invoquer la défense de nécessité. Qui plus est, le ministre se montre sensible à la situation de l'appelante, puisqu'il a obtenu du département de la Justice des États-Unis l'information selon laquelle l'appelante pourrait invoquer la coercition en défense. Le fait que les moyens de défense possibles ne soient pas les mêmes en droit canadien et en droit américain ne rend pas l'extradition injuste ou tyrannique.

(b) *Analysis*(i) Legal Principles

[111] The principle of double criminality, as discussed above, operates at the first two phases of the extradition process. In deciding whether to issue an ATP, the Minister addresses the foreign component of double criminality: *Fischbacher*, at para. 35. The extradition judge, at the judicial phase, addresses the domestic side of double criminality, to the extent of deciding whether the evidence “reveals conduct that would justify committal for the crime listed in the ATP if it had occurred in Canada”: *ibid.*

[112] The appellant’s position is that a broad principle of double criminality also operates at the surrender stage of the process. This position is developed in greater detail by the intervenor Criminal Lawyers’ Association (Ontario). I agree that the basic concern which underlies the broad principle of double criminality may also inform the Minister’s determination of whether extradition would be unjust or oppressive or contrary to the principles of fundamental justice at the surrender stage of the extradition process.

[113] At the surrender stage, the Minister must determine “whether it is politically appropriate and not fundamentally unjust for Canada to extradite the person sought”: *Fischbacher*, at para. 36. This requires consideration of all the relevant circumstances, both individually and cumulatively, to determine whether surrender would be unjust or oppressive: *Fischbacher*, at para. 37, quoting *Johnson*, at para. 45. Thus, the Minister engages in a weighing exercise of all the relevant circumstances that favour surrender versus those that do not: *Fischbacher*, at para. 38.

[114] This is a vitally important role because it provides an additional safeguard of the rights of the person sought and addresses matters that may not be properly considered at the two earlier stages of the extradition process. Thus, while the ATP process and the limited screening function at the judicial phase

b) *Analyse*(i) Principes de droit

[111] Le principe de la double incrimination examiné précédemment vaut aux deux premières étapes de la procédure d’extradition. Lorsqu’il se demande s’il y a lieu ou non de prendre un AII, le ministre se penche sur le volet étranger de la double incrimination (*Fischbacher*, par. 35). À l’étape judiciaire, le juge d’extradition se penche sur le volet interne de la double incrimination pour décider si la preuve « révèle des actes qui justifieraient le renvoi à procès pour le crime indiqué dans l’AII s’ils avaient été commis au Canada » (*ibid.*).

[112] L’appelante soutient que le principe général de la double incrimination s’applique également à l’étape de la procédure qui consiste à ordonner ou non l’extradition, une thèse que l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario) développe plus en détail. Je conviens que le souci fondamental qui sous-tend le principe général de la double incrimination peut aussi valoir lorsque, au moment d’ordonner ou non l’extradition, le ministre est appelé à se demander si l’extradition serait injuste ou tyrannique ou si elle irait à l’encontre des principes de justice fondamentale.

[113] Au moment de décider d’extrader ou non, le ministre doit se demander « s’il est approprié, sur le plan politique, et non fondamentalement injuste, pour le Canada, d’extrader l’intéressé » (*Fischbacher*, par. 36). Il lui faut dès lors examiner toutes les circonstances en cause, individuellement et collectivement, pour déterminer si l’extradition serait injuste ou tyrannique (*Fischbacher*, par. 37, citant *Johnson*, par. 45). Le ministre doit donc soupeser toutes les circonstances pertinentes qui militent en faveur de l’extradition et toutes celles qui y sont défavorables (*Fischbacher*, par. 38).

[114] Ce rôle revêt une importance capitale en ce qu’il offre une garantie supplémentaire aux droits de l’intéressé et qu’il s’intéresse à des questions qui ne sont pas forcément dûment prises en compte aux deux premières étapes de la procédure d’extradition. Par conséquent, même si la prise de

of the process may, without more, lead to harsh results, it is for the Minister to decide whether Canada will comply with the treaty obligation to surrender where matters offend against public policy: A. W. La Forest, *La Forest's Extradition to and from Canada* (3rd ed. 1991), at p. 70.

[115] The Court has repeatedly affirmed that the Minister has a role to play at the surrender stage in assessing the potential consequences for the person sought of being subjected to the law of the requesting state. There are circumstances in which “the manner in which the foreign state will deal with the [person sought] on surrender . . . may be such that it would violate the principles of fundamental justice to surrender an accused under those circumstances”: *Schmidt*, at p. 522. Where surrender would be contrary to the principles of fundamental justice, it will also be unjust and oppressive under s. 44(1)(a): see, e.g., *Burns*, at para. 68; *Lake*, at para. 24.

[116] The Court has also recognized that the availability of possible defences that fall outside of the scope of the double criminality inquiry required at the first two phases of the extradition process can nonetheless be relevant at the third. In *Schmidt*, the Court decided that the special pleas of *autrefois acquit* and *res judicata* could not be raised during the judicial phase. The Court added, however, that “the underlying considerations involved in these pleas” should not be ignored in considering whether surrender should be refused on the grounds that it would violate the principles of fundamental justice or be otherwise unjust or oppressive: pp. 527-28. And most recently, in *Fischbacher*, the Court affirmed that a significant discrepancy in jeopardy between Canada and the requesting state may be a relevant consideration when deciding whether surrender is unjust or oppressive or contrary to the principles of fundamental justice:

l’AII et le filtrage restreint opéré à l’étape judiciaire peuvent, à eux seuls, entraîner de sévères conséquences, il appartient au ministre de décider si le Canada s’acquittera ou non de l’obligation que lui fait un traité d’extradition lorsqu’une situation heurte la politique publique du Canada (A. W. La Forest, *La Forest's Extradition to and from Canada* (3^e éd. 1991), p. 70).

[115] Notre Cour rappelle dans maints arrêts que le ministre a compétence, à l’étape de la décision sur l’extradition, pour évaluer les conséquences susceptibles de découler de l’assujettissement de l’intéressé au droit de l’État requérant. Dans certaines situations, « le traitement que l’État étranger réservera au fugitif extradé, que ce traitement soit ou non justifiable en vertu des lois de ce pays-là, peut être de telle nature que ce serait une violation des principes de justice fondamentale que de livrer un accusé dans ces circonstances » (*Schmidt*, p. 522). Lorsque l’extradition serait contraire aux principes de justice fondamentale, elle sera également injuste et tyrannique au sens de l’al. 44(1)a (voir p. ex. *Burns*, par. 68; *Lake*, par. 24).

[116] Notre Cour reconnaît également que l’existence de moyens de défense éventuels qui débordent le cadre de l’analyse liée à la double incrimination que commandent les deux premières étapes de la procédure d’extradition peut néanmoins être pertinente à la troisième. Dans l’arrêt *Schmidt*, elle statue que les moyens de défense spéciaux d’*autrefois acquit* et de l’autorité de la chose jugée ne peuvent être soulevés au cours de l’étape judiciaire. Toutefois, elle ajoute que « les considérations sous-tendant ces moyens de défense » ne doivent pas être ignorées lorsqu’il s’agit de déterminer si le pouvoir exécutif devrait refuser ou non de livrer une personne pour le motif que l’extradition irait à l’encontre des principes de justice fondamentale ou serait par ailleurs injuste ou tyrannique (p. 527-528). Plus récemment, dans l’arrêt *Fischbacher*, notre Cour confirme que l’existence d’un écart important entre le péril que courrait l’intéressé au Canada et celui auquel il serait exposé dans l’État requérant peut être dûment prise en compte au moment de se demander si l’extradition est injuste ou tyrannique ou si elle est contraire aux principes de justice fondamentale :

It is well established that in exceptional circumstances, the panoply of relevant factors that inform a surrender decision may include a significant discrepancy between the jeopardy faced by the person sought in the requesting state and that which he would face if convicted in Canada in respect of the same conduct . . . [para. 54]

[117] Considering defences that are potentially available in Canada but not in the requesting state is consistent with this jurisprudence. It is also consistent with both the rationale of the double criminality principle and with the conduct-based approach to double criminality adopted by our *Extradition Act*. The underlying concern is that “an act shall not be extraditable unless it constitutes a crime according to the laws of both the requesting and the requested States”: I. A. Shearer, *Extradition in International Law* (1971), at p. 137 (emphasis added).

[118] It follows from this that the Minister should consider, when relevant, how the person sought would be affected by the unavailability of a comparable defence in the requesting state to that available in Canada. This analysis should be done in considering whether surrender would be unjust or oppressive or otherwise contrary to the principles of fundamental justice.

[119] That said, it does not follow that every difference in the availability of defences or in jeopardy makes extradition unjust or oppressive or contrary to the principles of fundamental justice. Rather, the text of s. 44 of the *Extradition Act*, the underlying purposes of extradition and the jurisprudence show that it is only where, in light of all of the circumstances, the consequences of surrender are “simply unacceptable” that the Minister must intervene: see, e.g., *Lake*, at paras. 18 and 31. Section 44 refers to surrender being “unjust or oppressive”, which is clearly a high test. Moreover, that test must be applied in light of a “panoply of relevant factors”: *Fischbacher*, at para. 54. These include not only the circumstances of the person sought, but the principles of comity and reciprocity that underlie extradition.

Il est bien établi que, dans des circonstances exceptionnelles, un écart important entre le risque qu’encourrait l’intéressé dans l’État requérant et celui auquel il serait exposé s’il était condamné au Canada pour les mêmes actes peut faire partie de l’éventail des facteurs pertinents à prendre en compte pour décider de l’extrader ou non . . . [par. 54]

[117] La prise en compte de moyens de défense qui pourraient exister au Canada mais non dans l’État requérant se concilie avec cette jurisprudence. Elle concorde également avec la raison d’être du principe de la double incrimination et l’approche de ce principe axée sur les actes reprochés que retient notre *Loi sur l’extradition*. La considération sous-jacente est la suivante : [TRADUCTION] « un acte ne permet l’extradition que s’il constitue un crime selon la loi aussi bien de l’État requérant que de l’État requis » (I. A. Shearer, *Extradition in International Law* (1971), p. 137 (je souligne)).

[118] Il s’ensuit que le ministre devrait tenir compte de la manière dont, le cas échéant, l’intéressé serait touché par l’inexistence dans l’État requérant d’un moyen de défense équivalent à celui qui existe au Canada. Il doit alors se demander si la mesure serait injuste ou tyrannique ou si elle irait par ailleurs à l’encontre des principes de justice fondamentale.

[119] Pour autant, chaque différence quant à l’existence d’un péril ou d’un moyen de défense ne rend pas l’extradition injuste ou tyrannique ou contraire aux principes de justice fondamentale. Il appert plutôt du texte de l’art. 44 de la *Loi sur l’extradition*, des objectifs de l’extradition et de la jurisprudence que ce n’est que lorsque les conséquences de l’extradition sont « simplement inacceptables » compte tenu de l’ensemble des circonstances que le ministre doit intervenir (voir p. ex. *Lake*, par. 18 et 31). Par l’emploi des termes « injuste ou tyrannique », l’art. 44 établit manifestement un critère strict. De plus, ce critère doit être appliqué à la lumière de l’« éventail des facteurs pertinents à prendre en compte » (*Fischbacher*, par. 54). Ces facteurs comprennent non seulement la situation de l’intéressé, mais aussi les principes de courtoisie et de réciprocité qui sous-tendent l’extradition.

[120] The assessment must also account for the fact that the very existence of an extradition arrangement with a foreign country entails a determination that “the general system for the administration of justice in the foreign country sufficiently corresponds to our concepts of justice to warrant entering into the treaty in the first place”: *Schmidt*, at p. 523. There is generally speaking nothing unjust in surrendering a person to face the legal consequences of their acts in the place where they were committed. Differences in legal systems — even substantial differences — should not, generally speaking, constitute grounds for refusing surrender. As La Forest J. wrote for a majority of the Court in *Schmidt*:

... I see nothing unjust in surrendering to a foreign country a person accused of having committed a crime there for trial in the ordinary way in accordance with the system for the administration of justice prevailing in that country simply because that system is substantially different from ours with different checks and balances. The judicial process in a foreign country must not be subjected to finicky evaluations against the rules governing the legal process in this country. [Emphasis added; p. 522.]

[121] It follows, in my view, that before the unavailability of a defence could engage the threshold for refusal under s. 44(1)(a) of the *Extradition Act* or be considered contrary to the principles of fundamental justice, the person sought must show three things. If this threshold is met, the Minister must, of course, weigh this along with all other relevant considerations in reaching a decision. The elements of the threshold are these.

[122] First, it must be clear that there is, in fact, a difference in the respective laws of the requested and requesting state so that the defence is available in Canada but no comparable defence is available in the requesting state. The difference must be one of substance and not merely a matter of different labels or slight variations in the way the defence is defined. If the threshold is met, the nature of the defence will also be part of the overall weighing in the

[120] Il faut en outre se rappeler que l'existence même d'un accord d'extradition avec un pays étranger suppose la reconnaissance du fait que « le système général d'administration de la justice existant dans le pays étranger présent[e] une correspondance suffisante avec notre conception de la justice pour justifier la conclusion du traité au départ » (*Schmidt*, p. 523). En général, il n'y a rien d'injuste dans le fait d'extrader l'intéressé pour qu'il subisse les conséquences juridiques de ses actes là où il les a commis. Les différences entre les systèmes de droit, si importantes soient-elles, ne devraient généralement pas constituer des motifs de refuser d'ordonner l'extradition. Voici ce qu'écrit le juge La Forest au nom des juges majoritaires de notre Cour, dans l'arrêt *Schmidt* :

... selon moi, il n'est pas injuste de livrer à un pays étranger une personne accusée d'y avoir commis un crime pour qu'elle y soit jugée en conformité de son système judiciaire simplement parce que ce dernier diffère sensiblement du nôtre et comporte des mécanismes différents. Le processus judiciaire d'un pays étranger ne doit pas être soumis à des évaluations minutieuses en fonction des règles applicables aux voies judiciaires canadiennes. [Je souligne; p. 522.]

[121] Dès lors, selon moi, pour que l'inexistence d'un moyen de défense puisse donner ouverture au refus d'extrader prévu à l'al. 44(1)a) de la *Loi sur l'extradition* ou être tenue pour contraire aux principes de justice fondamentale, l'intéressé doit établir trois choses. S'il y parvient, le ministre doit évidemment en tenir compte comme de toute autre considération pertinente pour arrêter sa décision. Ces conditions à remplir sont les suivantes.

[122] Premièrement, il doit être indéniable qu'une différence existe bel et bien entre les règles de l'État requis et celles de l'État requérant, de sorte que le moyen de défense existe au Canada, mais qu'aucune défense équivalente n'existe dans l'État requérant. La différence doit viser la défense sur le fond, et non seulement son appellation ou la manière dont elle est définie, de légères variations important peu à ce dernier égard. Lorsque la condition est remplie,

final decision making. For example, the Canadian defence of duress goes to the moral involuntariness of the accused's conduct and the complete absence of any similar defence may be seen as at odds with a foundational principle of Canadian penal policy.

[123] Second, there must be a reasonable prospect of success were the defence to be raised if the accused were tried for the same conduct in Canada. Once again, if the threshold is met, the apparent strength of the defence will also be considered in the overall weighing of the relevant considerations.

[124] Finally, the difference between the laws of the two countries must lead to a significantly greater jeopardy for the person sought in the requesting state. This is assessed by considering the potential disparity in criminal consequences for the requested person that would flow from the unavailability of the defence.

[125] Consider some possible scenarios as illustrations. The relevant defence might be a partial defence to murder in Canada, but there may be little or no difference between the potential sentences for manslaughter in Canada and for murder in the requested state. If this is so, the unavailability of the partial defence will not result in a significantly greater jeopardy. For example, provocation in Canada is a partial defence, reducing what would otherwise be murder to manslaughter. A requesting state may not recognize the partial defence of provocation, but may take the circumstances of provocation into account in sentencing. As a result, in this scenario, the unavailability of the partial defence might well be given less weight. Another scenario is that the unavailable defence is a full defence to the crime, thereby making the difference between conviction and acquittal. Returning to the example of duress, it is under Canadian law a full defence based on the moral involuntariness of the accused's conduct. The absence of any comparable defence

la nature du moyen de défense peut faire l'objet de l'appréciation globale en vue de la décision finale. Par exemple, la défense de contrainte prévue en droit canadien se rattache au caractère involontaire du point de vue moral de l'acte reproché à l'accusé, et on peut considérer que l'absence de toute défense correspondante va à l'encontre du principe fondateur de la politique pénale canadienne.

[123] Deuxièmement, il doit y avoir une possibilité raisonnable que soit retenu le moyen de défense s'il était invoqué au Canada pour les mêmes actes. Là encore, si la condition est remplie, la vigueur apparente de la défense fera elle aussi l'objet de l'appréciation globale des éléments pertinents.

[124] Enfin, la différence entre les lois des deux pays doit se traduire par un péril beaucoup plus grand pour l'intéressé dans l'État requérant. L'examen de la disparité possible des conséquences pénales pour l'intéressé qui résulterait de l'inexistence du moyen de défense dans l'État requérant permet de se prononcer à ce sujet.

[125] Examinons quelques scénarios susceptibles de se présenter. Le moyen de défense en cause peut constituer une défense partielle à une accusation de meurtre au Canada, mais il peut y avoir peu de différences, voire aucune, entre les peines possibles dans le cas d'un homicide involontaire coupable au Canada et celui d'un meurtre dans l'État requérant. S'il en est ainsi, l'inexistence de la défense partielle n'expose pas l'intéressé à un péril sensiblement accru. À titre d'exemple, la provocation offre un moyen de défense partiel au Canada et permet de faire en sorte que ce qui, sans elle, constituerait un meurtre, devienne un homicide involontaire coupable. L'État requérant ne peut admettre la défense partielle de provocation, mais il peut tenir compte des éléments de provocation pour décider de la peine à infliger. Ainsi, dans ce cas de figure, l'inexistence de la défense partielle peut se voir attribuer une importance moindre. Suivant un autre scénario, la défense inexistante dans l'État requérant vise directement la perpétration du

in the requesting state would result in significantly greater jeopardy.

[126] If these three elements are present, then the Minister is required to weigh the potential difference in defences along with all the other relevant considerations in making his or her surrender decision. Particularly where the defence appears strong and its unavailability under the law of the requesting state is at odds with Canadian penal policy, this factor will generally be given significant weight. The onus of persuasion remains on the person sought. The Minister's ultimate conclusion will be treated with deference on judicial review.

(ii) Application

[127] The Minister's reasons for ordering surrender do not meaningfully engage with the appellant's arguments as advanced in this Court. This is explained by the fact that the focus of the appellant's submissions to the Minister in relation to the qualified defence of necessity under s. 285 of the *Criminal Code* were entirely different from what has been advanced before us. The appellant's position on this point to the Minister was simply that she had such a strong defence to the charges under Canadian law that it would be unjust and oppressive to put her on trial in Georgia. The appellant's written submissions to the Minister focused exclusively on the conditions specified in s. 285 and how they applied to the facts of her case. There was no mention of the absence of an equivalent defence in Georgia.

[128] Responding to this position, the Minister correctly noted that the Court of Appeal had determined there was sufficient evidence to order the appellant's committal and that it was not his role

crime et permet d'innocenter l'accusé. Pour revenir à l'exemple de la contrainte, il s'agit en droit canadien d'une défense entière fondée sur le caractère involontaire du point de vue moral des actes de l'accusé. L'absence d'une défense correspondante dans l'État requérant expose l'intéressé à un péril sensiblement accru.

[126] Lorsque ces trois conditions sont réunies, le ministre doit alors tenir compte des différences possibles entre les moyens de défense de pair avec tous les autres éléments pertinents pour décider d'ordonner ou non l'extradition. Plus particulièrement, il accorde généralement une grande importance au fait que la défense paraît bien étayée et que son inexistence dans le droit de l'État requérant va à l'encontre de la politique pénale du Canada. La charge de persuasion continue d'appartenir à l'intéressé. Bien entendu, la décision à laquelle arrive finalement le ministre commande la déférence en cas de contrôle judiciaire.

(ii) Application

[127] Les motifs que le ministre invoque pour ordonner l'extradition ne répondent pas véritablement à la thèse avancée par l'appelante devant notre Cour. Cela s'explique par le fait que les observations de l'appelante au ministre sur la défense restreinte de nécessité que prévoit l'art. 285 du *Code criminel* sont tout à fait différentes de ses prétentions devant nous. Sur ce point, l'appelante a fait simplement valoir au ministre qu'elle dispose en droit canadien d'un moyen de défense si solide à l'encontre des accusations qu'il serait injuste et tyrannique de lui faire subir son procès en Géorgie. Ses observations écrites au ministre portent seulement sur les conditions précisées à l'art. 285 et sur la façon dont elles s'appliquent à sa situation. Il n'y est nullement question de l'absence d'un moyen de défense équivalent en Géorgie.

[128] En réponse, le ministre souligne à juste titre que la Cour d'appel a jugé la preuve suffisante pour ordonner l'incarcération de l'appelante et qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur le

to question the sufficiency of the evidence for committal. He also referred to a body of jurisprudence indicating that he should not entertain defences, as they should be left for the foreign court to consider: see, e.g., *Singh*. These considerations provide a reasonable basis for the Minister not to refuse surrender on the ground that the appellant claimed to have a good defence under Canadian law.

[129] It seems that the Minister went on to raise on his own motion the question of Georgia law in relation to the appellant's possible defence of qualified necessity. I do not say this in any way critically; it was of course appropriate for the Minister to raise this question. The Minister caused inquiries to be made with the Office of International Affairs of the U.S. Department of Justice concerning the possible defences that the appellant may raise at her trial and the likely sentences she would face, if convicted. He ultimately received information that the appellant would not be able to raise a defence of necessity, but that she could raise the defence of coercion before the trial court in Georgia. This information was included in the Minister's decision. Beyond this, we know nothing about the differences between Georgia law and Canadian law. In particular, we know nothing about the differences, if any, between the Georgia defence of coercion and the qualified defence of necessity under s. 285 of the *Criminal Code*.

[130] The question, therefore, is whether the Minister's decision is unreasonable because he did not go on to consider further the possible differences in defences. In my view, the Minister's decision was not unreasonable because the appellant did not meet any of the three threshold requirements described above which could engage the Minister's power to refuse surrender under s. 44(1)(a).

[131] First, the appellant did not show that there is any difference in substance between the law in Canada and in Georgia. We know nothing about the alleged differences, if any, between the Canadian offences and the Georgia offences and nothing

caractère suffisant de la preuve offerte à l'appui. Il cite également de la jurisprudence selon laquelle il ne doit pas tenir compte des moyens de défense, car leur examen revient au tribunal étranger (voir p. ex. *Singh*). Ces considérations constituent un fondement raisonnable qui permet au ministre de ne pas refuser d'extrader l'appelante au motif qu'elle dit avoir un moyen de défense valable en droit canadien.

[129] Il semble que ce soit de son propre chef que le ministre a soulevé la question du droit de la Géorgie en ce qui concerne la défense restreinte de nécessité que pourrait invoquer l'appelante. Mon intention n'est nullement de critiquer son approche, car il pouvait évidemment soulever cette question. Le ministre a demandé à l'Office of International Affairs du département américain de la Justice de l'informer des moyens de défense que l'appelante pourrait invoquer à son procès et de la peine qu'elle risquait de se voir infliger si elle était déclarée coupable. Il a finalement appris que la défense de nécessité ne pourrait être opposée, mais que l'appelante pourrait invoquer la coercition. Le ministre en tient compte dans sa décision. Hormis cette information, nous ne savons rien de ce qui distingue le droit de la Géorgie du droit canadien. Plus précisément, nous ignorons tout de ce qui distingue la défense de coercition, prévue en Géorgie, de la défense restreinte de nécessité que prévoit l'art. 285 du *Code criminel*.

[130] Il faut donc déterminer si le ministre arrive à une décision déraisonnable parce qu'il n'examine pas plus à fond les différences possibles entre les moyens de défense. À mon avis, la décision du ministre n'est pas déraisonnable, car l'appelante ne remplit aucune des trois conditions susmentionnées qui pourraient emporter l'exercice par le ministre de son pouvoir de refuser l'extradition en application de l'al. 44(1)a).

[131] D'abord, l'appelante n'établit pas de différence de fond entre le droit du Canada et celui de la Géorgie. Nous ne savons rien des différences qui existeraient, d'une part, entre les infractions canadiennes et celles de la Géorgie et, d'autre part, entre

about the differences, if any, between the types of defences available in each jurisdiction. Given that we know nothing about the elements of the Georgia offence of “interstate interference with custody” beyond the fact that the Minister identified ss. 280(1) and 282(1) of the *Criminal Code* as being the corresponding Canadian offences, we cannot assume that Georgia law provides for no lawful excuse that might include the appellant’s conduct in the circumstances that she alleges it occurred. And we certainly know nothing about the Georgia law of “coercion”.

[132] We do know that under our own criminal law, the excuses of duress — often referred to as coercion — and necessity are closely related. As the Court said in *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973, at para. 54, “the similarities between the two defences are so great that consistency and logic require that they be understood as based on the same juristic principles”. Both are excuses based on the idea of normative involuntariness: *R. v. Ryan*, 2013 SCC 3, [2013] 1 S.C.R. 14, at para. 17, citing *Hibbert*, at para. 54; see also *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232. Given the close relationship between the two excuses under our own law and the fact that the U.S. authorities advised the Minister that the appellant could rely on a defence of coercion at her trial in Georgia, I see no reason simply to assume that there is a significant substantive difference between the two. The appellant asserts that “[t]he availability of the defence of duress in Georgia is irrelevant as it does not take into account the same factors as s. 285 of the *Criminal Code*”: A.F., at para. 55. However, there is no basis in the record for this assertion, and the appellant’s contention is nothing more than speculation.

[133] In short, the record contains nothing to support the assertion that there is no defence in Georgia comparable to the statutory necessity defence under our *Criminal Code*. All we know is that the Minister was advised that the appellant “will not be able to raise a defence that it was necessary

les types de défense qui existeraient dans chacun des deux ressorts. Comme nous ignorons tout des éléments de l’infraction de [TRADUCTION] « violation d’une ordonnance de garde à l’extérieur de l’État », hormis le fait que, selon le ministre, les infractions canadiennes qui y correspondent sont celles prévues aux par. 280(1) et 282(1) du *Code criminel*, nous ne pouvons considérer que le droit de l’État américain ne prévoit aucune excuse légitime susceptible de s’appliquer aux actes de l’appelante survenus dans les circonstances qu’elle allègue. Qui plus est, nous ignorons en quoi consiste la défense de « coercition » prévue en Géorgie.

[132] Nous savons que, dans notre droit criminel, l’excuse de la contrainte (souvent appelée « coercition ») et la défense de nécessité sont étroitement liées. Comme l’explique notre Cour dans l’arrêt *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973, par. 54, « les ressemblances entre les deux moyens de défense sont telles qu’il s’impose, par souci d’uniformité et de logique, de les considérer comme fondés sur les mêmes principes juridiques ». Dans les deux cas, il s’agit d’une excuse qui repose sur l’idée d’un caractère involontaire normatif (*R. c. Ryan*, 2013 CSC 3, [2013] 1 R.C.S. 14, par. 17, citant *Hibbert*, par. 54; voir aussi *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232). Eu égard au lien étroit qui existe entre ces deux excuses dans notre propre droit et au fait que les autorités américaines ont indiqué au ministre que l’appelante pourrait invoquer la coercition en défense aux accusations en Géorgie, je ne vois simplement aucune raison de supposer qu’elles diffèrent sensiblement sur le fond. L’appelante affirme que [TRADUCTION] « [l]’existence de la défense de contrainte en Géorgie n’est pas pertinente parce que ses conditions d’application ne sont pas les mêmes que celles de la défense prévue à l’art. 285 du *Code criminel* » (m.a., par. 55). Or, cette affirmation ne repose sur aucun élément du dossier et ne constitue qu’une simple conjecture.

[133] Pour résumer, nul élément du dossier n’appuie l’allégation selon laquelle le droit de la Géorgie n’offre pas une défense équivalente à celle de la nécessité que prévoit notre *Code criminel*. Nous savons seulement que l’on a informé le ministre que l’appelante [TRADUCTION] « ne pourra invoquer en

to remove her children to protect them from danger of imminent harm [but that she] may raise the defence of coercion before the trial court in Georgia”: Minister’s decision, at p. 6.

[134] Second, the material in the record, considered as a whole, does not show a reasonable prospect of success on the Canadian qualified defence of necessity if the appellant were tried for the alleged conduct in Canada.

[135] This Court has not pronounced on the precise ambit of the qualified defence of necessity provided for in s. 285 of the *Criminal Code*. However, that section is clear that the defence is available only if the “taking, enticing away, concealing, detaining, receiving or harbouring of any young person” was necessary either to protect the young person from danger of “imminent harm” or if the person charged was escaping from the danger of “imminent harm”. The material before the Minister did not provide any basis to think that either of these imminent harm requirements was present here.

[136] The appellant’s position before the extradition judge was that she had not abducted the children but had joined them in Canada after they had fled here on their own. While in my respectful view the extradition judge should not have got into this issue as she did, she found that “all of the evidence indicates that the three children ran away from their father’s residence at the end of October 2010 without consulting their mother and without her knowledge, and that they stayed alternately in an abandoned house or with friends, with assistance from their 29-year-old elder sister O., who drove them to Canada”: para. 62. While the extradition judge’s decision had been reversed by the Court of Appeal, her purported factual findings provided no basis to think that the children were at imminent risk of harm when the appellant, according to this version of her position, intervened and still less that the appellant was escaping from danger of imminent harm.

[137] The appellant’s position on the facts changed dramatically in her submissions to the Minister.

défense qu’il était nécessaire de prendre ses enfants avec elle pour les protéger d’un danger imminent, mais qu’elle pourra plaider la coercition à son procès en Géorgie » (décision du ministre, p. 6).

[134] Deuxièmement, considéré dans sa totalité, le dossier ne permet pas de conclure à une possibilité raisonnable que soit retenue la défense restreinte de nécessité prévue au Canada si l’appelante était poursuivie au pays pour les actes qui lui sont reprochés.

[135] Notre Cour ne s’est pas prononcée sur la portée précise de la défense restreinte de nécessité que prévoit l’art. 285 du *Code criminel*. Or, la disposition dit clairement que la défense ne vaut que si « les actes reprochés » étaient nécessaires pour protéger la jeune personne en question d’un « danger imminent » ou si l’accusé fuyait pour se protéger d’un « tel danger ». Les éléments dont disposait le ministre ne lui permettaient pas de croire que cette exigence d’un danger imminent était remplie en l’espèce quant à l’un ou l’autre de ses volets.

[136] Devant la juge d’extradition, l’appelante a soutenu qu’elle n’avait pas enlevé les enfants, mais qu’elle les avait rejoints au Canada après qu’ils se furent enfuis de leur propre chef. Même si, à mon humble avis, elle n’aurait pas dû s’aventurer sur ce terrain, la juge d’extradition conclut que [TRADUCTION] « l’ensemble de la preuve indique que les trois enfants se sont enfuis de chez leur père à la fin d’octobre 2010 sans avoir consulté leur mère et à l’insu de celle-ci, et qu’ils sont restés tantôt dans une maison abandonnée, tantôt chez des amis, avec l’aide de leur sœur aînée de 29 ans O., qui les a conduits au Canada » (par. 62). La Cour d’appel a certes infirmé sa décision, mais il demeure que les conclusions de fait de la juge d’extradition ne permettaient nullement de penser que les enfants étaient exposés à un danger imminent lorsque, selon cette version des faits, l’appelante est intervenue, et encore moins que l’appelante fuyait pour se protéger d’un danger imminent.

[137] L’appelante a sensiblement modifié sa version des faits dans ses observations au ministre.

In those submissions, she submitted that “when she fled to Canada with the children in November [2010], [she] felt that she didn’t have a choice, as the children begged her to take care of them and help them to run away from the danger that the custody of their father represents to them. . . . In taking her children to Canada, she was saving them from an imminent danger of physical and mental abuse by their father”: A.R., vol. III, at pp. 111-12 (emphasis added). Given the appellant’s very different position on the facts before the extradition judge, these contentions could not reasonably be thought to be entitled to much weight.

[138] Third, the appellant failed to show that she faced significantly greater jeopardy in Georgia than in Canada.

[139] I conclude that the appellant’s submissions to the Minister in relation to possible Canadian defences to the charges, considered in light of all of the material, could not reasonably be thought to meet the requirements that could engage the threshold for refusal under s. 44(1)(a) of the *Extradition Act* or on the basis that the surrender would be contrary to the principles of fundamental justice.

[140] In reaching this conclusion, I have considered that the detailed framework which I propose in my reasons was not available to the appellant when making her submissions to the Minister. However, as I have noted, the focus of her submissions to the Minister was on the availability of a defence in Canada, not on the absence of a comparable defence in Georgia. In essence, the appellant asks us to find the Minister’s decision to be unreasonable on the basis of a point which was not raised directly with him. The appellant did so while pointing to nothing beyond speculation to support the contention now advanced. In these circumstances, applying the framework to the appellant’s submissions is not procedurally unfair to her and the development of this framework provides no basis for ordering reconsideration by the Minister.

Elle y soutient que [TRADUCTION] « lorsqu’elle s’est enfuie au Canada avec les enfants en novembre [2010], [elle] estimait ne pas avoir d’autre choix parce que les enfants la suppliaient de prendre soin d’eux et de les aider à fuir le danger auquel ils étaient exposés chez leur père. [. . .] En emmenant ses enfants au Canada, elle leur permettait d’échapper à un danger imminent de violence physique et psychologique aux mains de leur père » (d.a., vol. III, p. 111-112 (je souligne)). Étant donné sa version des faits très différente devant la juge d’extradition, ces prétentions ne pouvaient pas raisonnablement se voir accorder beaucoup d’importance.

[138] Troisièmement, l’appelante n’a pas établi qu’elle s’exposait à un péril sensiblement plus grand en Géorgie qu’au Canada.

[139] Je conclus qu’on ne pouvait raisonnablement considérer, au vu du dossier dans son ensemble, que les observations de l’appelante au ministre concernant l’existence éventuelle au Canada de moyens de défense aux accusations satisfaisaient aux conditions auxquelles le ministre peut refuser l’extradition en application de l’al. 44(1)a) de la *Loi sur l’extradition* ou pour le motif que la mesure serait contraire aux principes de justice fondamentale.

[140] Pour parvenir à cette conclusion, je tiens compte du fait que l’appelante ne pouvait connaître le cadre détaillé dont je propose aujourd’hui l’application lorsqu’elle s’est adressée au ministre. Je constate toutefois que l’essentiel de ses observations au ministre porte sur l’existence d’une défense au Canada, non sur l’absence d’une défense équivalente en Géorgie. L’appelante nous demande en somme de conclure au caractère déraisonnable de la décision du ministre sur le fondement d’un point qui n’a pas été porté directement à l’attention de ce dernier. Elle le fait en appuyant ses nouvelles prétentions sur de pures conjectures. Partant, l’application du cadre proposé à la thèse de l’appelante n’est pas injuste sur le plan procédural et n’offre aucun fondement à une ordonnance de réexamen par le ministre.

(4) Second Issue: Best Interests of the Children(a) *Submissions*

[141] The appellant contends that the Minister did not properly consider the effect of extradition on the best interests of her children, which she says require her to stay in Canada. She contends that the Minister did not give sufficient weight to the fact that if the appellant is extradited, the children will be placed in foster care without any relatives caring for them. She submits that since obtaining full custody of her children in Canada, she has been an exemplary mother, and that her extradition would break up their family — facts that the Minister did not acknowledge or to which he gave insufficient weight. The appellant says her actions saved her children from their abusive father and that it would shock the conscience of Canadians to order her surrender for extradition in circumstances where she had to choose between saving her children and retaining her freedom.

[142] The respondent's position is that the Minister appropriately considered the children's best interests, which he found to be unclear. His treatment of this factor in his decision is consistent with Canadian appellate jurisprudence, international instruments, foreign jurisprudence, and his duty to take into consideration all relevant circumstances when making his surrender decision.

(b) *Analysis*Legal Principles

[143] The legal question underpinning the appellant's position concerns the role the best interests of children should play in the Minister's decision with respect to surrender for extradition.

[144] The respondent accepts that, in making a surrender decision, the Minister can consider personal circumstances, including the hardship extradition will create for families. I would add that

(4) Deuxième question en litige : l'intérêt supérieur des enfantsa) *Arguments*

[141] L'appelante soutient que le ministre ne tient pas dûment compte de l'effet de l'extradition sur l'intérêt supérieur de ses enfants, lequel commande qu'elle reste au Canada. Elle fait valoir que le ministre n'accorde pas suffisamment d'importance au fait que, si elle est extradée, ses enfants seront confiés à un foyer d'accueil et aucun membre de la famille ne prendra soin d'eux. Elle ajoute que, depuis qu'elle a obtenu la garde exclusive de ses enfants au Canada, elle a été une mère exemplaire et que son extradition ferait éclater la famille, ce que le ministre ne reconnaît pas ou ce à quoi il n'accorde pas suffisamment d'importance. L'appelante affirme que ses actes ont permis à ses enfants d'échapper à leur père violent et qu'ordonner son extradition choquerait la conscience des Canadiens dans la mesure où elle a dû choisir entre la protection de ses enfants et sa liberté.

[142] Pour sa part, l'intimé soutient que le ministre examine dûment l'intérêt supérieur des enfants et qu'il ne le trouve pas clair. La prise en compte de cet élément dans la décision du ministre est conforme à la jurisprudence des cours d'appel canadiennes, aux instruments internationaux, à la jurisprudence étrangère et à l'obligation qui lui incombe de tenir compte de toutes les circonstances pertinentes pour décider d'ordonner ou non l'extradition.

b) *Analyse*Principes de droit

[143] La question de droit qui sous-tend la thèse de l'appelante est celle du rôle de l'intérêt supérieur des enfants dans la décision du ministre sur l'extradition.

[144] L'intimé reconnaît que, pour arriver à sa décision, le ministre peut tenir compte des circonstances personnelles, y compris les difficultés que l'extradition occasionnera à la famille. J'ajoute que

it is necessary for the Minister to do so where the material before him or her puts these considerations in play. This obligation extends to considering the best interests of children who will or may be affected by extradition.

[145] That said, however, the best interests of children on surrender for extradition must be considered in light of other important legal principles and the facts of the individual case: *Fischbacher*, at paras. 37-38. As the Court said in *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76, “the legal principle of the ‘best interests of the child’ may be subordinated to other concerns in appropriate contexts”; its application “is inevitably highly contextual”; and “[s]ociety does not always deem it essential that the ‘best interests of the child’ trump all other concerns in the administration of justice”: paras. 10-11.

[146] *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, is the leading authority from this Court concerning the obligation to give serious consideration to the best interests of children when exercising discretionary powers that may affect them. In *Baker*, the Court considered the role of the children’s interests in ministerial decisions on humanitarian and compassionate (“H & C”) applications under the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2 (now the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27). The Minister was authorized to exempt people from certain requirements and to facilitate their admission to Canada “owing to the existence of compassionate or humanitarian considerations”: *Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, s. 2.1 (added by SOR/93-44, s.2). As the Court noted, “the H & C decision is one that provides for an exemption from regulations or from the Act, [and] in practice, it is one that, in cases like this one, determines whether a person who has been in Canada but does not have status can stay in the country”: *Baker*, at para. 15. In other words, the Minister has broad discretion to exempt persons on H & C grounds in a context in which his or her decision “affects in a fundamental

le ministre est tenu de le faire lorsque la preuve met de tels éléments en jeu, et son examen englobe alors l’intérêt supérieur des enfants qui seront touchés par l’extradition ou qui pourraient l’être.

[145] Toutefois, cela dit, l’intérêt supérieur des enfants en cas d’extradition doit être considéré à la lumière d’autres principes de droit importants et des faits de l’affaire (*Fischbacher*, par. 37-38). Comme le dit notre Cour dans l’arrêt *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76, « le principe juridique qu’est l’“intérêt supérieur de l’enfant” peut être subordonné à d’autres intérêts dans des contextes appropriés », « [s]on application ne peut que dépendre fortement du contexte » et « [l]a société estime qu’il n’est pas toujours essentiel que l’“intérêt supérieur de l’enfant” ait pré-séance sur tous les autres intérêts en cause dans l’administration de la justice » (par. 10-11).

[146] *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, constitue l’arrêt de principe de notre Cour sur l’obligation d’accorder une grande d’importance à cet intérêt supérieur lors de l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire susceptible de toucher un enfant. Dans cet arrêt, notre Cour se penche sur le rôle de l’intérêt supérieur de l’enfant dans la décision du ministre sur une demande de mesure pour considérations d’ordre humanitaire présentée en application de la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. 1985, c. I-2 (devenue la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27). Le ministre était autorisé à accorder à certaines personnes une dispense d’application de certaines exigences et à faciliter leur admission au Canada « pour des raisons d’ordre humanitaire » (*Règlement sur l’immigration de 1978*, DORS/78-172, art. 2.1, ajouté par DORS/93-44, art. 2). Comme le fait remarquer notre Cour, « une décision d’ordre humanitaire est une décision qui prévoit une dispense d’application du règlement ou de la Loi [et] en pratique, il s’agit d’une décision, dans des affaires comme celle dont nous sommes saisis, qui détermine si une personne qui est au Canada, mais qui n’a pas de statut, peut

manner the future of individuals' lives" and "may also have an important impact on the lives of any Canadian children of the person . . . since they may be separated from one of their parents and/or uprooted from their country of citizenship, where they have settled and have connections": *ibid.*

[147] To reach its conclusion on the role of the best interests of the child, the Court took into account this broad grant of discretion regarding H & C applications as well as the purposes of the *Immigration Act*, the ministerial guidelines for making H & C decisions, and relevant international instruments. It held that "for the exercise of the discretion to fall within the standard of reasonableness, the decision-maker should consider children's best interests as an important factor, give them substantial weight, and be alert, alive and sensitive to them": *Baker*, at para. 75. The best interests of the child will not always outweigh other considerations. But, in Ms. Baker's case, "failure to give serious weight and consideration to the interests of the children constitute[d] an unreasonable exercise of the discretion": para. 65.

[148] As in *Baker*, international instruments touching on the rights of children inform the role the best interests of the child should play in the Minister's surrender decision. For example, the values and principles underlying the international *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, and other instruments recognize the importance of being attentive to children's interests and rights when making decisions that affect their future: *Baker*, at para. 71. I accept that in the context of s. 44(1)(a), such instruments weigh in favour of requiring the Minister to give careful consideration to the best interests of a child who may or will be impacted by an individual's extradition.

y demeurer » (*Baker*, par. 15). En d'autres termes, le ministre est investi d'un large pouvoir discrétionnaire qui lui permet d'accorder une dispense pour des raisons d'ordre humanitaire lorsque sa décision « a des conséquences capitales sur l'avenir des personnes visées » et « peut également avoir des répercussions importantes sur la vie des enfants canadiens de la personne qui a fait la demande [. . .] puisqu'ils peuvent être séparés d'un de leurs parents ou déracinés de leur pays de citoyenneté, où ils se sont installés et ont des attaches » (*ibid.*).

[147] Pour arriver à sa conclusion sur le rôle de l'intérêt supérieur de l'enfant, notre Cour tient compte de ce large pouvoir discrétionnaire qui permet de statuer sur une demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire, ainsi que des objectifs de la *Loi sur l'immigration*, des lignes directrices régissant les décisions d'ordre humanitaire et des instruments internationaux applicables. Elle statue : « . . . pour que l'exercice du pouvoir discrétionnaire respecte la norme du caractère raisonnable, le décideur devrait considérer l'intérêt supérieur des enfants comme un facteur important, lui accorder un poids considérable, et être réceptif, attentif et sensible à cet intérêt » (*Baker*, par. 75). L'intérêt supérieur des enfants ne l'emporte pas toujours sur d'autres considérations. Cependant, dans le cas de M^{me} Baker, « le défaut d'accorder de l'importance et de la considération à l'intérêt des enfants constitue un exercice déraisonnable du pouvoir discrétionnaire » (par. 65).

[148] Comme c'était le cas dans l'affaire *Baker*, les instruments internationaux relatifs aux droits des enfants apportent un éclairage sur le rôle de l'intérêt supérieur des enfants dans la décision du ministre d'extrader ou non. Ainsi, les valeurs et les principes qui sous-tendent la *Convention [internationale] relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3, et d'autres instruments reconnaissent l'importance de la sensibilité aux droits des enfants et à leur intérêt supérieur dans les décisions qui touchent leur avenir (*Baker*, par. 71). Je reconnais que, pour l'application de l'al. 44(1)a), ces instruments militent en faveur de la reconnaissance de l'obligation du ministre d'examiner attentivement l'intérêt supérieur de l'enfant qui est susceptible d'être touché par l'extradition d'une personne ou qui le sera.

[149] However, *Baker* also calls for an examination of the nature of the statutory power and the purpose of the legislative scheme when considering the impact of the best interests of the child on the exercise of statutory authority. When we do that here, we see that the Minister must consider the best interests of children who may or will be affected by surrender for extradition when the material before him or her shows that this is a relevant concern. However, the Minister must do so in light of all of the circumstances, including the realities of the impact on children of the criminal processes under domestic law and the importance of complying with Canada's international obligations to its extradition partners.

[150] Unlike the H & C process, extradition directly concerns important bilateral international obligations to extradition partners and ultimately the viability of international mutual assistance in criminal matters. The Minister, in considering whether to surrender such a person for extradition, "must take into account the requirements of good faith and honour of Canada in responding to the request under an extradition treaty and must weigh the political and international relations ramifications of the decision whether or not to surrender": *Németh*, at para. 64.

[151] Moreover, the criminal law context of extradition differentiates it from H & C discretion in the immigration context. Under Canadian domestic law, parents sometimes go to jail. They are denied bail before trial and sentenced to imprisonment upon conviction where the demands of criminal justice require it. And this is so even when incarceration has serious, negative effects on the individual's children. Given this reality of domestic criminal justice, it follows that the consequences of having to face criminal charges cannot in themselves be unjust or oppressive: see, e.g., *Canada (Minister of Justice) v. Thomson*, 2005 CanLII 5078 (Ont. C.A.), at para. 7.

[149] Cependant, l'arrêt *Baker* appelle également à l'examen de la nature du pouvoir conféré par la loi et de l'objet du régime législatif lors de la prise en compte des répercussions de l'intérêt supérieur de l'enfant sur l'exercice de ce pouvoir. L'examen de ces éléments dans la présente affaire révèle que le ministre doit tenir compte de l'intérêt supérieur des enfants qui seront touchés par l'extradition, ou qui pourraient l'être, lorsqu'il appert du dossier dont il dispose que cette considération est pertinente. Toutefois, le ministre doit le faire à la lumière de l'ensemble des circonstances, y compris les répercussions pratiques sur les enfants d'une poursuite criminelle selon le droit interne et l'importance que le Canada s'acquitte de ses obligations internationales envers ses partenaires.

[150] Contrairement à la procédure d'examen d'une demande pour considérations d'ordre humanitaire, la procédure d'extradition touche directement d'importantes obligations internationales envers chacun des partenaires et, en fin de compte, la viabilité de l'entraide internationale en matière criminelle. Lorsqu'il s'agit de décider d'ordonner ou non l'extradition d'une personne, le ministre « doit prendre en compte les exigences de bonne foi et d'honneur du Canada pour répondre aux demandes d'extradition fondées sur des traités en cette matière et il doit évaluer les effets que la décision d'extrader ou de ne pas extrader aura au plan politique et au plan des relations internationales » (*Németh*, par. 64).

[151] Qui plus est, le contexte criminel de l'extradition distingue le pouvoir dont le ministre est alors investi du pouvoir discrétionnaire d'ordre humanitaire qu'il exerce dans le contexte de l'immigration. En droit interne canadien, des parents sont parfois emprisonnés. Il arrive en effet qu'ils se voient refuser leur libération sous caution avant le procès et qu'ils soient condamnés à l'emprisonnement sur déclaration de culpabilité lorsque le commandement de la justice criminelle. Il en est ainsi même lorsque l'incarcération a des effets défavorables importants sur les enfants. Étant donné cette réalité de la justice criminelle dans notre pays, les conséquences d'une mise en accusation ne peuvent comme telles être injustes ou tyranniques (voir p. ex. *Canada (Minister of Justice) c. Thomson*, 2005 CanLII 5078 (C.A. Ont.), par. 7).

[152] It is clear from our jurisprudence that the “unjust or oppressive” test set out in s. 44(1)(a) of the *Extradition Act* and the deferential standard of judicial review of a surrender order create a high threshold: the Minister will not lightly be found to have unreasonably ordered surrender. This same threshold applies to the impact of extradition on the best interests of children. This is confirmed by Canadian appellate authority on the point. So, for example, the British Columbia Court of Appeal spoke of the need for the person sought to “meet a high threshold to warrant a s. 44(1)(a) refusal by the Minister”: *Ganis v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 BCCA 543, 233 B.C.A.C. 243, at para. 31. Likewise, the Quebec Court of Appeal stated that [TRANSLATION] “[t]he consequences for the applicant’s children cannot prevent his surrender unless they cause it to be unjust or oppressive, to shock the conscience or simply to be unacceptable”: *Savu v. Canada (Ministre de la Justice)*, 2013 QCCA 554, at para. 99 (CanLII). See also *United States of America v. Thornett*, 2014 BCCA 464, 363 B.C.A.C. 311, at para. 38, and *United States v. Pakulski*, 2015 ONCA 539, at paras. 8-9 (CanLII).

[153] The international authorities to which we have been referred confirm this view. So, for example, the Supreme Court of the United Kingdom upheld the extradition of parents even in the face of an impact on children that was considered to be “heart-rending”: *H. (H.) v. Deputy Prosecutor of the Italian Republic*, [2012] UKSC 25, [2013] 1 A.C. 338. And this result was reached in the context of a requirement that extradition be consistent with the guaranty of a right to respect of the fugitive’s family life in art. 8 of the *European Convention on Human Rights*, 213 U.N.T.S. 221, which provides that “[e]veryone has the right to respect for his private and family life”. Similarly, in *H. v. Lord Advocate*, [2012] UKSC 24, [2013] 1 A.C. 413, the demands of the interests of criminal justice and of treaty obligations that favoured extradition ultimately outweighed the children’s best interests: para. 58. The Supreme Court in these cases also thoroughly reviewed the jurisprudence of the European Court of

[152] Il ressort des décisions de notre Cour que le critère du caractère « injuste ou tyrannique » de la mesure énoncé à l’al. 44(1)a) de la *Loi sur l’extradition* et la norme de la déférence applicable au contrôle judiciaire de l’arrêté d’extradition établissent un seuil élevé : le tribunal ne conclura pas à la légèreté que l’arrêté du ministre est déraisonnable. Ce même seuil vaut pour les effets de l’extradition sur l’intérêt supérieur des enfants, ce que confirment les arrêts des juridictions d’appel canadiennes sur ce point. Par exemple, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique opine que l’intéressé doit [TRADUCTION] « franchir un seuil élevé pour que soit justifié le refus du ministre fondé sur l’al. 44(1)a) » (*Ganis c. Canada (Minister of Justice)*, 2006 BCCA 543, 233 B.C.A.C. 243, par. 31). De même, la Cour d’appel du Québec estime que « [I]es conséquences sur les enfants du demandeur ne peuvent empêcher son extradition que si elles la rendent injuste ou tyrannique, choquante pour la conscience ou simplement inacceptable » (*Savu c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2013 QCCA 554, par. 99 (CanLII)). Voir également *United States of America c. Thornett*, 2014 BCCA 464, 363 B.C.A.C. 311, par. 38, et *United States c. Pakulski*, 2015 ONCA 539, par. 8-9 (CanLII).

[153] Les décisions internationales citées devant nous vont dans le même sens. En effet, la Cour suprême du Royaume-Uni confirme l’extradition de parents malgré les conséquences [TRADUCTION] « déchirantes » de la mesure pour les enfants (*H. (H.) c. Deputy Prosecutor of the Italian Republic*, [2012] UKSC 25, [2013] 1 A.C. 338). Cette conclusion est tirée au vu de l’exigence que l’extradition soit compatible avec le droit au respect de la vie familiale qui est garanti au fugitif à l’art. 8 de la *Convention européenne des droits de l’homme*, 213 R.T.N.U. 221, selon lequel « [t]oute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale ». De même, dans l’affaire *H. c. Lord Advocate*, [2012] UKSC 24, [2013] 1 A.C. 413, les intérêts de la justice criminelle et les obligations découlant de traités qui militent en faveur de l’extradition l’emportent finalement sur l’intérêt supérieur des enfants (par. 58). Dans ces affaires, le tribunal se livre également à un examen approfondi des décisions de la Cour européenne des droits de l’homme

Human Rights concerning the interaction of art. 8 and extradition. That court has “repeatedly said that it will only be in exceptional circumstances that an applicant’s private or family life in a contracting state will outweigh the legitimate aim pursued by his or her extradition”: *H.*, at para. 59; see also *H. (H.)*, at paras. 113-14.

[154] To be clear, the high threshold that applies generally under s. 44(1)(a) of the *Extradition Act* does not diminish the Minister’s obligation to carefully assess the impact of surrender on children. But it does underline the point that the weighing of those considerations must take account of other important principles of extradition law viewed in light of all of the circumstances of the particular case.

(c) *Application*

[155] In this case, the Minister was required to consider the best interests of the children in making his surrender decision. The Minister’s key conclusions were that the best interests of the children were unclear, that the impact of extradition on the children was also unclear and that there were important considerations favouring surrender for extradition. In my view, these key conclusions were reasonable and they led to a reasonable decision to surrender the appellant.

[156] I turn first to the best interests of the children and the Minister’s comment that they were unclear. On the material before him this was not only a reasonable conclusion, but an understatement. On any reasonable view of the record, what would be best for these children was anything but clear given their unhappy, unstable and complicated family history and the apparent problems of both parents.

[157] The Minister noted a number of salient points from the record to support his conclusion. Because of the appellant’s chronic substance abuse problems, the Georgia courts had awarded the father

sur l’interaction entre l’art. 8 et l’extradition. Cette cour [TRADUCTION] « répète à maintes reprises que ce n’est que dans des circonstances exceptionnelles que la vie privée ou familiale d’un demandeur dans un État contractant l’emporte sur l’objectif légitime de son extradition » (*H.*, par. 59; voir également *H. (H.)*, par. 113-114).

[154] En somme, le seuil élevé qui vaut généralement pour l’application de l’al. 44(1)a) de la *Loi sur l’extradition* n’atténue pas l’obligation du ministre d’évaluer attentivement les effets de l’extradition sur les enfants. Cependant, il fait ressortir la nécessité que l’évaluation de cette considération tienne compte d’autres principes importants du droit de l’extradition à la lumière de l’ensemble des circonstances de l’espèce.

c) *Application*

[155] Dans le cas qui nous occupe, le ministre devait tenir compte de l’intérêt supérieur des enfants pour prendre sa décision d’extrader ou non. Les principales conclusions du ministre sont les suivantes : l’intérêt supérieur des enfants n’est pas clair, les conséquences de l’extradition sur eux ne sont pas claires non plus et des considérations importantes militent en faveur de l’extradition. À mon avis, ces conclusions clés sont raisonnables et mènent à la décision raisonnable d’ordonner l’extradition de l’appelante.

[156] J’examine d’abord l’intérêt supérieur des enfants et la remarque du ministre selon laquelle cet intérêt n’est pas clair. Au vu de la preuve dont il dispose, non seulement cette conclusion est raisonnable, mais c’est le moins qu’on puisse dire. Suivant n’importe quelle interprétation raisonnable du dossier ce qui serait préférable pour les enfants était tout sauf clair étant donné le parcours compliqué de cette famille malheureuse et instable et les problèmes évidents du père et de la mère.

[157] À l’appui de sa conclusion, le ministre relève dans le dossier un certain nombre de points saillants. En raison des problèmes chroniques d’abus d’alcool ou d’autres substances psychotropes de

sole custody and had denied the appellant visitation rights. According to the ROC, she had been arrested for driving under the influence while her children were in the car. On May 26, 2011, the children had been placed in foster care. From the time of the appellant's arrest on December 23, 2010 through to June 8, 2011, the children were not in the care of either parent, but the Minister understood that they were returned to the appellant's care on June 8, 2011. I note that it is unclear what the source of this information is. So far as I am able to tell, there was nothing before the Minister and nothing in the record before us providing any further information about the children's welfare or the appellant's parenting abilities after the children were returned to her care.

[158] A review of further information in the record suggests that the Minister reasonably assessed it in reaching his conclusion that the children's best interests were unclear. From the ROC, it appears that the appellant and the children's father were divorced in 2001 with the appellant being awarded sole custody and the father visitation rights. In November 2005, the father was given temporary custody; the children apparently were removed from the appellant's care because of her chronic substance abuse problems. She was found to have absconded from the jurisdiction with the children in violation of a court order in December 2007; an arrest warrant was issued for her in January 2008; she was convicted of interference with custody in August 2008 and sentenced to 12 months of probation; and she violated her probation by leaving the jurisdiction without permission.

[159] It also appears that for some period of time between 2004 and 2008, the children were placed in foster care because neither parent could care for them. The Georgia court found that the father had been the sole provider for the children since November 2005 and as of June 2008 he was considered to be fit and capable of providing for them. The appellant was said not to have provided any support for the children since their removal from her home

l'appelante, un tribunal de la Géorgie a accordé au père la garde exclusive des enfants et refusé tout droit de visite à l'appelante. Selon le DEC, l'appelante a été arrêtée pour conduite avec facultés affaiblies alors que ses enfants se trouvaient à bord du véhicule. Le 26 mai 2011, les enfants ont été confiés à un foyer d'accueil. Entre l'arrestation de l'appelante, le 23 décembre 2010, et le 8 juin 2011, ni le père ni la mère n'ont eu la responsabilité des enfants, mais le ministre dit savoir qu'ils ont à nouveau été confiés à l'appelante le 8 juin 2011. Je signale que la source de ces renseignements demeure incertaine. Pour autant que je puisse dire, ni la preuve offerte au ministre, ni celle dont nous disposons aujourd'hui ne renseignent davantage sur le bien-être des enfants ou la façon dont l'appelante s'est acquittée de son rôle de mère après que les enfants lui eurent été rendus.

[158] D'autres renseignements qui figurent au dossier donnent à penser que le ministre évalue le dossier de façon raisonnable lorsqu'il conclut que l'intérêt supérieur des enfants n'est pas clair. Il appert du DEC que l'appelante et le père des enfants ont divorcé en 2001 et que l'appelante a alors obtenu la garde exclusive des enfants, et le père, des droits de visite. En novembre 2005, le père a obtenu la garde temporaire, puis les enfants auraient été retirés à l'appelante en raison de ses problèmes chroniques d'abus d'alcool et d'autres substances psychotropes. En décembre 2007, l'appelante a été déclarée coupable de s'être enfuie de l'État avec les enfants en contravention avec une ordonnance judiciaire et, en janvier 2008, elle a fait l'objet d'un mandat d'arrêt. En août 2008, elle a été déclarée coupable de violation de l'ordonnance de garde et condamnée à 12 mois de probation; elle a par la suite contrevenu à l'ordonnance de probation en quittant l'État sans autorisation.

[159] Il semble également que, pendant un certain temps entre 2004 et 2008, les enfants ont été confiés à un foyer d'accueil parce que ni le père ni la mère ne pouvaient s'occuper d'eux. Le tribunal de la Géorgie a conclu que le père avait été la seule personne à subvenir aux besoins des enfants depuis novembre 2005 et que, en juin 2008, on le jugeait apte à le faire. L'appelante n'aurait versé aucune pension alimentaire pour les enfants depuis qu'ils

in 2005. The ROC also reveals that at the time she was alleged to have been arrested for driving under the influence while her children were passengers — an allegation to which the Minister referred in his decision — she was still subject to a non-contact order. After the children and the appellant arrived in Canada in late 2010, they lived in a shelter. The DYP indicated that during this period the appellant was found with marijuana in her purse, although she denied that it was hers. Following the appellant's arrest and detention in December 2010 in connection with the extradition proceedings, the children were placed in foster care. When the foster care placement was extended in May 2011, the Court of Québec observed that the appellant's past “clearly shows she has been capable of contravening Court orders before and jeopardizing the children's stability”: para. 21 (CanLII).

[160] The record also contains disquieting information about the father. There were allegations of physical abuse and neglect and indications that he was not pursuing with any vigour the children's return to him. In May 2011, the Court of Québec found that the claims of physical abuse by the father had to be taken seriously and that the authorities in Georgia could not confirm that the children would be safe from abuse there: para. 15.

[161] All of this information in the record, taken together with the facts to which the Minister referred in his decision, supports the view that he reasonably concluded the children's best interests were unclear.

[162] With respect to the impact of the appellant's extradition on the children, the Minister noted that the children “were returned to [the appellant's] care” in June 2011, but nothing suggested to him that the children would be returned to their father's care if their mother were surrendered: Minister's decision, at p. 4. Rather, the DYP would determine whether the children should be placed in the care

lui avaient été retirés en 2005. Le DEC révèle également que, le jour où elle aurait été arrêtée pour conduite avec facultés affaiblies alors que ses enfants étaient à bord du véhicule — allégation dont le ministre fait mention dans sa décision —, elle était encore sous le coup d'une ordonnance d'interdiction de contact. Après leur arrivée au Canada à la fin de 2010, les enfants et l'appelante ont vécu dans un refuge. Le DPJ indique que, au cours de cette période, de la marijuana a été trouvée dans le sac à main de l'appelante et que cette dernière a nié que la drogue lui appartenait. Après l'arrestation et la détention de l'appelante en décembre 2010 dans le cadre de la procédure d'extradition, les enfants ont été confiés à un foyer d'accueil. Lorsqu'elle a prolongé ce placement en mai 2011, la Cour du Québec a fait observer que la conduite passée de l'appelante [TRADUCTION] « montre clairement qu'elle peut contrevenir à une ordonnance judiciaire et compromettre la stabilité des enfants » (par. 21 (CanLII)).

[160] Par ailleurs, le dossier contient des renseignements peu rassurants sur le père. Des allégations de violence physique et de négligence ont été formulées contre lui, et il n'aurait pas fait grand-chose pour récupérer les enfants. En mai 2011, la Cour du Québec concluait que les allégations de violence physique formulées contre le père devaient être prises au sérieux et que les autorités de la Géorgie ne pouvaient confirmer que les enfants ne seraient pas exposés à un risque de violence si le père en avait à nouveau la garde (par. 15).

[161] Examinés de concert avec les faits mentionnés dans sa décision, tous ces éléments permettent d'affirmer que le ministre a raison de conclure que l'intérêt supérieur des enfants n'est pas clair.

[162] En ce qui concerne les répercussions de l'extradition de l'appelante sur les enfants, le ministre signale que ceux-ci [TRADUCTION] « ont à nouveau été confiés à l'appelante » en juin 2011, mais aucun élément ne lui permet de dire qu'ils seraient rendus à leur père si leur mère était extradée (décision du ministre, p. 4). Le DPJ déterminera plutôt si les enfants doivent être confiés à un membre de la

of a responsible family member or, if necessary, in foster care. This assessment must be considered in light of the fact that there was nothing in the material about whether the appellant would be incarcerated pending her trial in Georgia or what impact her pending criminal charges could have on her relationship with the children. There was no evidence about other possible family placements either in Canada or in the United States.

[163] Before this Court, the appellant submits that since obtaining “full custody of her children in Canada . . . [she] has been an exemplary mother”, and that the Minister did not acknowledge this: A.F., at para. 71. As I noted earlier, there is no information about the appellant’s behaviour or the children’s welfare past June 2011. There is no basis for finding the Minister’s decision to be unreasonable because he did not address the appellant’s care for the children since they were returned to her, as there was no evidence of that before him. To the extent that the appellant had information on this issue that she believed to be relevant but had not placed before the Minister, it seems to me that the appropriate avenue to pursue would have been to ask the Minister to accept additional evidence and reconsider the decision: *Extradition Act*, ss. 42 and 43(2); see also *Adam v. United States of America* (2003), 64 O.R. (3d) 268 (C.A.), at paras. 17-26; *United States v. Pakulski*, 2014 ONCA 81, at paras. 7-9 (CanLII); *United States of America v. Johnstone*, 2013 BCCA 2, 333 B.C.A.C. 107, at paras. 7-8, 27 and 61; and *United States of America v. Fong* (2005), 193 C.C.C. (3d) 533 (Ont. C.A.), at paras. 31-38.

[164] In my view, the Minister reasonably concluded, based on the information he had before him, that the potential impact on the children of the appellant’s extradition was unclear.

[165] In addition to his consideration of what was in the best interests of the children, the Minister also took into account that persons accused of crimes in Canada cannot escape criminal prosecution only on the basis that prosecution against them may have negative consequences on their spouses,

famille responsable ou, au besoin, à un foyer d’accueil. Cette décision doit être prise au vu de l’absence au dossier d’un élément permettant de savoir si l’appelante sera incarcérée ou non jusqu’à son procès en Géorgie ou quelles seront les répercussions des accusations criminelles portées contre elle sur sa relation avec les enfants. Aucune donnée sur la possibilité d’autres arrangements familiaux au Canada ou aux États-Unis ne figure au dossier.

[163] Devant notre Cour, l’appelante soutient que depuis qu’elle a obtenu [TRADUCTION] « la garde exclusive de ses enfants au Canada . . . [elle] a été une mère exemplaire » et que le ministre ne le reconnaît pas (m.a., par. 71). Comme je le mentionne précédemment, aucune donnée n’existe sur le comportement de l’appelante ou le bien-être des enfants après juin 2011. Aucun élément ne permet de conclure que le ministre arrive à une décision déraisonnable parce qu’il ne tient pas compte du fait que l’appelante a pris soin des enfants après qu’ils lui eurent à nouveau été confiés, étant donné qu’aucune preuve en ce sens ne lui a été présentée. Si l’appelante possédait des renseignements qui lui paraissaient pertinents sur ce point, mais qu’elle n’a pas communiqués au ministre, il me semble que la bonne façon de procéder aurait été de demander au ministre d’accepter des éléments de preuve supplémentaires et de réexaminer la décision (*Loi sur l’extradition*, art. 42 et par. 43(2); voir également *Adam c. United States of America* (2003), 64 O.R. (3d) 268 (C.A.), par. 17-26; *United States c. Pakulski*, 2014 ONCA 81, par. 7-9 (CanLII); *United States of America c. Johnstone*, 2013 BCCA 2, 333 B.C.A.C. 107, par. 7-8, 27 et 61; et *United States of America c. Fong* (2005), 193 C.C.C. (3d) 533 (C.A. Ont.), par. 31-38).

[164] À mon avis, le ministre conclut de manière raisonnable, eu égard aux données dont il dispose, que les répercussions possibles de l’extradition de l’appelante sur les enfants ne sont pas claires.

[165] En plus de se pencher sur ce qui est dans l’intérêt supérieur des enfants, le ministre tient également compte du fait qu’une personne accusée d’un crime au Canada ne peut échapper à une poursuite criminelle pour la seule raison que la poursuite pourrait avoir des conséquences défavorables

children or other family members. This was an appropriate matter for him to consider. The Minister also took into account that it is an important principle of public policy that parents not be allowed to abduct their children in violation of a custody order or use international borders to separate their children from their custodial parent. This too was an appropriate matter for him to take into account.

[166] Related to this last point, the appellant submits that she should not be punished for legitimately saving her children from a real threat and that it would be unjust and oppressive for a person in the appellant's situation to have to choose between saving her children and retaining her freedom.

[167] In my view, the record did not make out even a reasonable basis to think that the appellant had to abduct the children in order to protect them from their father's alleged physical abuse. And, as the Minister rightly pointed out, it was not his role to question the sufficiency of evidence for committal. It was not unreasonable for the Minister to give little weight to the appellant's position that she was in effect forced to do what she did to protect the children.

[168] In my view, the Minister's decision reviewed the relevant facts and stated and applied the correct legal principles to the submissions and evidence that were placed before him. He gave serious consideration to the best interests of the children and weighed them with the other relevant considerations in concluding that the appellant's surrender would not be unjust or oppressive in these circumstances.

[169] To conclude, I agree with the Court of Appeal that the Minister's decision is reasonable and contains no reviewable error that would justify intervention on judicial review.

[170] I would dismiss the appeal in relation to the Minister's surrender order.

sur son conjoint, ses enfants ou d'autres membres de sa famille. Il s'agit d'une considération valable dont il peut tenir compte. La ministre prend également en compte l'important principe d'ordre public selon lequel on ne doit pas permettre qu'un père ou une mère enlève ses enfants en contravention avec une ordonnance de garde ou se serve des frontières internationales pour séparer les enfants de celui des deux qui en a la garde. Il était également loisible au ministre de tenir compte de ce principe.

[166] En ce qui a trait à ce dernier point, l'appelante soutient qu'elle ne devrait pas être punie pour avoir protégé légitimement ses enfants contre une menace réelle et qu'il serait injuste et tyrannique de contraindre une personne se trouvant dans sa situation à choisir entre la protection de ses enfants et sa liberté.

[167] À mon avis, le dossier ne révèle même pas un fondement raisonnable qui permettrait de penser que l'appelante devait enlever les enfants pour les protéger contre la violence physique alléguée de leur père. De plus, comme le ministre le signale à juste titre, il ne lui appartient pas d'apprécier le caractère suffisant de la preuve présentée à l'appui de l'incarcération. Il n'est pas déraisonnable de sa part d'accorder peu de poids à la prétention de l'appelante selon laquelle elle a dû agir comme elle l'a fait pour protéger les enfants.

[168] À mon sens, dans sa décision, le ministre examine les faits pertinents et applique les bons principes de droit aux prétentions et à la preuve. Il se penche attentivement sur l'intérêt supérieur des enfants, qu'il soupèse au regard d'autres considérations pertinentes, pour conclure que l'extradition de l'appelante ne serait pas injuste ou tyrannique dans les circonstances.

[169] En conclusion, je conviens avec la Cour d'appel que la décision du ministre est raisonnable et qu'elle n'est entachée d'aucune erreur qui justifierait l'intervention à l'issue d'un contrôle judiciaire.

[170] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi contre l'arrêté d'extradition du ministre.

IV. Disposition

[171] I would dismiss both the appeal in relation to the committal order and the surrender order.

[172] Having considered the appellant's submission regarding costs, I would make no order as to costs.

The reasons of Abella, Karakatsanis and Côté JJ. were delivered by

[173] ABELLA J. (dissenting) — This is a case about three young children who reached out to their mother to rescue them from a violent and abusive father after running away and living several days in an abandoned house. She now faces the possibility of up to 15 years in jail if extradited to the United States for that rescue.

[174] The issue in this appeal is whether Canada should extradite the mother. Under our extradition law, no one can be extradited unless his or her conduct would have constituted an offence that is punishable in Canada. This is known as the principle of double criminality, a cornerstone of the extradition process in Canada. Its purpose is to ensure that no one is surrendered from Canada to face prosecution in another country for conduct that does not amount to a criminal offence in this country.

[175] It is not an offence in Canada to deprive a parent of custody if it was necessary to protect a child from imminent harm. As a result, the committal judge found that the mother would not be guilty of a criminal offence in this country.

[176] It is also self-evidently contrary to the best interests of the children to extradite her. There is no dispute that the children should not be returned to their abusive father. To surrender the mother for

IV. Dispositif

[171] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi contre l'ordonnance d'incarcération et l'arrêté d'extradition.

[172] Après examen des arguments de l'appelante sur les dépens, je ne rends aucune ordonnance à leur sujet.

Version française des motifs des juges Abella, Karakatsanis et Côté rendus par

[173] LA JUGE ABELLA (dissidente) — La présente affaire concerne trois jeunes enfants qui, après s'être enfuis et avoir vécu plusieurs jours dans une maison abandonnée, ont demandé à leur mère de les soustraire à un père violent qui les maltraitait. Pour les avoir secourus, elle est maintenant passible d'une peine pouvant aller jusqu'à 15 ans de prison si elle est extradée aux États-Unis.

[174] La question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si le Canada devrait extraditer la mère. Dans notre droit de l'extradition, personne ne peut être extradé, à moins que sa conduite ait constitué une infraction punissable au Canada. C'est ce qu'on appelle le principe de la double incrimination, l'une des pierres angulaires du processus d'extradition au Canada. Il vise à garantir que personne ne soit extradé du Canada vers un autre État afin d'y être traduit en justice pour des actes qui ne constituent pas une infraction criminelle dans notre pays.

[175] Au Canada, priver un parent de la garde ne constitue pas une infraction si cette mesure s'avère nécessaire pour protéger un enfant d'un danger imminent. En conséquence, la juge d'incarcération a conclu que la mère ne serait pas coupable d'une infraction criminelle au Canada.

[176] Il est également manifeste que le fait d'extraditer la mère serait contraire à l'intérêt supérieur des enfants. Personne ne conteste que les enfants ne devraient pas être renvoyés chez leur père qui les

her conduct in protecting the children is to penalize them for reaching out to her by depriving them of the only parent who can look after them. Moreover, because the defence of rescuing children to protect them from imminent harm does not exist in Georgia, the mother will not be able to raise the defence she would have been able to raise had she been prosecuted in Canada. Surrender in these circumstances is, with respect, Kafkaesque.

[177] I would accordingly allow the appeal.

Background

[178] M.M. and R.P. were married in 1996 and divorced in 2001. They had three children, who were born in 1996, 2000 and 2001. At the time of the divorce, the family was living in the state of Georgia, in the United States.

[179] M.M., the mother, was initially awarded sole custody of the children after the divorce. The father, R.P., had visiting rights. In 2005, the father took temporary custody of the children. On June 19, 2008, a Georgia court gave him sole custody of the children because of the mother's substance abuse problems. The order provided that she was to have no visitation rights or contact with the children.

[180] On October 30, 2010, the father reported the three children missing. They were 9, 10 and 14 years old. According to the children, they ran away because of their father's abusive treatment and violence. They did so without consulting their mother and without her knowledge, and stayed alternately in an abandoned house or with friends. The children did not contact their mother until around November 9. That same day, in Georgia, the mother was pulled over with the three children in her car by police, who suspected her of driving under the influence. Unaware that the children had been reported missing, the police officer left the children

maltraite. Extradier la mère parce qu'elle a agi afin de protéger ses enfants, c'est pénaliser ceux-ci de s'être tournés vers elle en les privant du seul parent susceptible de s'occuper d'eux. De plus, comme la défense d'avoir porté secours aux enfants pour les protéger d'un danger imminent n'existe pas dans l'État de la Géorgie, la mère ne pourra pas faire valoir le moyen de défense qu'elle aurait été en mesure de soulever si elle avait été poursuivie au Canada. Avec égards, l'extradition en pareilles circonstances est une situation digne d'un roman de Kafka.

[177] Par conséquent, j'accueillerais le pourvoi.

Contexte

[178] M.M. et R.P. se sont mariés en 1996 et ils ont divorcé en 2001. Ils ont eu trois enfants, nés en 1996, 2000 et 2001. Au moment du divorce, la famille vivait dans l'État de la Géorgie aux États-Unis.

[179] M.M., la mère, s'est d'abord vu accorder la garde exclusive des enfants après le divorce. Le père, R.P., disposait de droits d'accès. En 2005, ce dernier a pris les enfants temporairement sous sa garde. Le 19 juin 2008, un tribunal de la Géorgie lui a confié la garde exclusive des enfants en raison des problèmes de toxicomanie de la mère. L'ordonnance précisait que la mère ne devait avoir aucun droit d'accès ni contact avec les enfants.

[180] Le 30 octobre 2010, le père a signalé la disparition des trois enfants, alors âgés de 9, 10 et 14 ans. Les enfants affirment s'être enfuis à cause de la violence et des mauvais traitements que leur infligeait leur père. Ils ont agi ainsi sans consulter leur mère et à son insu, et ils sont restés tantôt dans une maison abandonnée, tantôt chez des amis. Ce n'est que vers le 9 novembre que les enfants ont communiqué avec leur mère. Le même jour, en Géorgie, alors que les enfants se trouvaient dans sa voiture, la mère a été interceptée par la police, qui la soupçonnait de conduire avec les facultés affaiblies. Ignorant que la disparition des enfants

in the care of a colleague until a relative chosen by the mother could pick them up.

[181] Several weeks later, the mother and the children were found in a battered women's shelter in Quebec. The mother was born in Quebec and, like her children, is a dual citizen of Canada and the United States.

[182] The social worker representing the Quebec Director of Youth Protection made numerous attempts to reach the father in the ensuing months to no avail. Although he once informed the social worker that he was working with an American group to have the children sent back to the United States, the father told another social worker the next day that he had no intention of coming to Canada to pick them up. His phone service was later disconnected and there is no record of his whereabouts. His physical and emotional abuse of the children is not in dispute.

[183] On December 22, 2010, the mother was charged in Georgia with interstate interference with a custody order, aggravated stalking, and contributing to the delinquency of a minor. A warrant for her arrest was issued.

[184] On December 23, 2010, the mother was arrested in Canada at the shelter. Two months later, based on an extradition request from the United States, an authority to proceed was issued on the interference with custody charges, seeking the mother's committal for the corresponding Canadian offences of (1) abduction of a person under 16, contrary to s. 280 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and (2) abduction in contravention of a custody order, contrary to s. 282. These provisions state:

avait fait l'objet d'un signalement, le policier les a confiés à la garde d'un collègue en attendant qu'un membre de la famille choisi par la mère puisse venir les chercher.

[181] Plusieurs semaines plus tard, la mère et les enfants ont été découverts dans un refuge pour femmes battues au Québec. La mère est née dans cette province et, comme ses enfants, elle possède la double citoyenneté canadienne et américaine.

[182] Dans les mois qui ont suivi, la travailleuse sociale représentant le directeur de la protection de la jeunesse du Québec a tenté à de nombreuses reprises, mais sans succès, de joindre le père. Bien qu'à une occasion, il ait dit à cette dernière qu'il collaborait avec un groupe américain afin d'obtenir le retour des enfants aux États-Unis, le père a confié à une autre travailleuse sociale le lendemain qu'il n'avait pas l'intention de venir au Canada pour les chercher. Le service téléphonique du père a par la suite été coupé, et rien n'indique où celui-ci pourrait se trouver. Les mauvais traitements d'ordre physique et psychologique qu'il a fait subir aux enfants ne sont pas contestés.

[183] Le 22 décembre 2010, la mère a été accusée en Géorgie de violation d'une ordonnance de garde à l'extérieur de l'État (« *interstate interference with a custody order* »), de harcèlement grave et d'incitation à la délinquance d'un mineur. Un mandat d'arrestation a été décerné contre elle.

[184] La mère a été arrêtée au Canada le 23 décembre 2010 dans le refuge. Deux mois plus tard, sur le fondement d'une demande d'extradition présentée par les États-Unis, un arrêté introductif d'instance a été pris relativement aux accusations de violation de l'ordonnance de garde, en vue d'obtenir l'incarcération de la mère pour les infractions canadiennes correspondantes, à savoir (1) enlèvement d'une personne âgée de moins de 16 ans, en violation de l'art. 280 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, et (2) enlèvement en contravention avec une ordonnance de garde, en violation de l'art. 282. Voici le libellé de ces dispositions :

280. (1) Every one who, without lawful authority, takes or causes to be taken an unmarried person under the age of sixteen years out of the possession of and against the will of the parent or guardian of that person or of any other person who has the lawful care or charge of that person is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years.

(2) In this section and sections 281 to 283, “guardian” includes any person who has in law or in fact the custody or control of another person.

282. (1) Every one who, being the parent, guardian or person having the lawful care or charge of a person under the age of fourteen years, takes, entices away, conceals, detains, receives or harbours that person, in contravention of the custody provisions of a custody order in relation to that person made by a court anywhere in Canada, with intent to deprive a parent or guardian, or any other person who has the lawful care or charge of that person, of the possession of that person is guilty of

(a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding ten years; or

(b) an offence punishable on summary conviction.

(2) Where a count charges an offence under subsection (1) and the offence is not proven only because the accused did not believe that there was a valid custody order but the evidence does prove an offence under section 283, the accused may be convicted of an offence under section 283.

[185] A statutory defence to charges under ss. 280 and 282 is recognized in s. 285 of the *Criminal Code*:

285. No one shall be found guilty of an offence under sections 280 to 283 if the court is satisfied that the taking, enticing away, concealing, detaining, receiving or harbouring of any young person was necessary to protect the young person from danger of imminent harm or if the person charged with the offence was escaping from danger of imminent harm.

280. (1) Quiconque, sans autorisation légitime, enlève ou fait enlever une personne non mariée, âgée de moins de seize ans, de la possession et contre la volonté de son père ou de sa mère, d’un tuteur ou de toute autre personne qui en a la garde ou la charge légale est coupable d’un acte criminel et passible d’un emprisonnement maximal de cinq ans.

(2) Au présent article et aux articles 281 à 283, « tuteur » s’entend notamment de toute personne qui en droit ou de fait a la garde ou la surveillance d’une autre personne.

282. (1) Quiconque, étant le père, la mère, le tuteur ou une personne ayant la garde ou la charge légale d’une personne âgée de moins de quatorze ans, enlève, entraîne, retient, reçoit, cache ou héberge cette personne contrairement aux dispositions d’une ordonnance rendue par un tribunal au Canada relativement à la garde de cette personne, avec l’intention de priver de la possession de celle-ci le père, la mère, le tuteur ou une autre personne ayant la garde ou la charge légale de cette personne, est coupable :

a) soit d’un acte criminel et passible d’un emprisonnement maximal de dix ans;

b) soit d’une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

(2) Lorsqu’un chef d’accusation vise l’infraction prévue au paragraphe (1) et que celle-ci n’est pas prouvée du seul fait que l’accusé ne croyait pas qu’il existait une ordonnance de garde valide, ce dernier peut cependant être reconnu coupable de l’infraction prévue à l’article 283 s’il y a preuve de cette dernière.

[185] L’article 285 du *Code criminel* établit un moyen de défense légal à l’encontre des accusations portées en vertu des art. 280 et 282 :

285. Nul ne peut être déclaré coupable d’une infraction prévue aux articles 280 à 283 si le tribunal est convaincu que les actes reprochés étaient nécessaires pour protéger la jeune personne en question d’un danger imminent ou si l’accusé fuyait pour se protéger d’un tel danger.

[186] Shortly after her arrest, the mother sought interim release. The request was denied. Her second request, however, was granted.

[187] The extradition judge, Cohen J., ultimately refused to issue an order for the mother's committal for extradition. In refusing the request, she noted that the role of an extradition judge is not merely to act as a "rubber stamp" of the executive, but to ensure that a person sought for extradition receives a meaningful judicial assessment of his or her case on the basis of the evidence and the law.

[188] The extradition judge accepted evidence of a series of admissions made in connection with the mother's first request for interim release; prior testimony from the oldest child at the hearing for the mother's second request for interim release; a judgment from the Youth Division of the Court of Québec on a motion for the children's protection; and two reports from social workers in Canada and the United States filed as exhibits in the proceedings before the Youth Court. This evidence indicated that the children were afraid of their father and that he had physically and mentally mistreated them. It also confirmed that the children had run away from their father without any assistance or even the knowledge of their mother, and that it was more than a week before they contacted her for help.

[189] As a result of this evidence, Cohen J. concluded that the s. 280(1) offence of abduction of a person under 16, had not been made out. In her view, the evidence clearly indicated that the children had left their father of their own volition. There was no evidence that the mother had taken the children, or caused them to be taken, out of the possession of and against the will of their father without lawful authority. The only evidence supporting this conclusion was a statement in a summary of the evidence available for trial prepared by the United States saying that the father's testimony would be that he suspected the mother of taking the children without his

[186] Peu après son arrestation, la mère a sollicité sa mise en liberté provisoire. Cette demande a été rejetée. Toutefois, sa deuxième demande a été accueillie.

[187] La juge d'extradition, la juge Cohen, a finalement refusé d'ordonner l'incarcération de la mère en vue de son extradition. En refusant la demande, elle a souligné que le rôle du juge d'extradition ne consiste pas simplement à « entériner d'office » les décisions de l'exécutif, mais aussi à s'assurer que le dossier de l'intéressé fait l'objet d'une appréciation judiciaire valable basée sur la preuve et le droit.

[188] La juge d'extradition a accepté en preuve une série d'admissions faites dans le cadre de la première demande présentée par la mère en vue d'obtenir sa mise en liberté provisoire, un témoignage donné antérieurement par l'aîné des enfants lors de l'audience relative à la deuxième demande de mise en liberté provisoire de la mère, un jugement de la Chambre de la jeunesse de la Cour du Québec sur une requête visant à assurer la protection des enfants, ainsi que deux rapports de travailleuses sociales au Canada et aux États-Unis déposés comme pièces devant la Chambre de la jeunesse. Ces éléments de preuve indiquaient que les enfants avaient peur de leur père et que celui-ci les avait maltraités physiquement et psychologiquement. Ils confirmaient aussi que les enfants s'étaient enfuis de chez leur père sans aucune assistance de la part de leur mère, et même à son insu, et qu'ils avaient attendu plus d'une semaine avant de communiquer avec elle pour lui demander de l'aide.

[189] Sur la base de cette preuve, la juge Cohen a conclu que l'infraction d'enlèvement d'une personne âgée de moins de 16 ans, prévue au par. 280(1), n'avait pas été établie. Selon la juge, la preuve indiquait clairement que les enfants avaient quitté leur père de leur propre gré. Rien dans la preuve ne démontrait que la mère avait, sans autorisation légitime, enlevé ou fait enlever les enfants de la possession de leur père contre la volonté de celui-ci. Le seul élément de preuve étayant cette conclusion était une affirmation — dans un document préparé par les États-Unis résumant la preuve dont on disposait en vue du procès dans ce pays — selon laquelle le

authority. The extradition judge found this evidence to be so defective and unreliable as not to be worthy of consideration.

[190] As for the s. 282(1) offence of abduction in contravention of a custody order, the extradition judge held that there was insufficient evidence of the mother's specific intent to deprive the father of possession of the children. On the contrary, the evidence indicated that the mother refused to receive or harbour the children after they ran away.

[191] Cohen J. was also of the view that, given the "clear wording" of s. 285, the mother could not be found guilty on the charge of abduction since her intent was to protect the children from danger of imminent harm at the hands of their father. No reasonable jury in Canada, properly instructed, could therefore return a verdict of guilty on the charge of abduction of the children against the mother in the circumstances.

[192] The order for committal was accordingly refused.

[193] The Quebec Court of Appeal allowed the appeal and ordered the mother's committal. In its view, the role of an extradition judge is limited, and precludes weighing the probative value of the evidence. In this case, the extradition judge erred by considering whether there was, in essence, a reasonable likelihood of conviction. She failed to discuss unrefuted admitted facts from the record of the case, namely that the children went missing while in their father's custody and that they were found in their mother's car on November 9, 2010. In the Court of Appeal's view, the evidence established the essential elements to justify committal.

[194] In addition, the Court of Appeal held that the extradition judge erred by taking into account the defence set out in s. 285 of the *Criminal Code*.

père viendrait témoigner qu'il soupçonnait la mère d'avoir enlevé les enfants sans son autorisation. La juge d'extradition a statué que cette preuve était à ce point déficiente et si peu digne de foi qu'elle ne méritait pas d'être prise en considération.

[190] Quant à l'infraction d'enlèvement en contravention avec une ordonnance de garde, prévue au par. 282(1), la juge d'extradition a conclu qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve de l'intention spécifique de la mère de priver le père de la possession des enfants. Au contraire, la preuve indiquait que celle-ci avait refusé de recevoir ou d'héberger les enfants après leur fuite.

[191] La juge Cohen a également exprimé l'avis qu'en raison du [TRADUCTION] « libellé clair » de l'art. 285, la mère ne pouvait être déclarée coupable de l'infraction d'enlèvement reprochée, puisqu'elle avait l'intention de protéger les enfants d'un danger imminent aux mains de leur père. En conséquence, aucun jury canadien raisonnable ayant reçu des directives appropriées ne pourrait dans ces circonstances rendre un verdict de culpabilité contre la mère relativement à l'accusation d'enlèvement des enfants.

[192] L'ordonnance d'incarcération a donc été refusée.

[193] La Cour d'appel du Québec a accueilli l'appel et ordonné l'incarcération de la mère. Selon la cour, le rôle d'un juge d'extradition est limité et exclut l'appréciation de la valeur probante de la preuve. En l'espèce, la juge d'extradition a commis une erreur en se demandant s'il existait, en substance, une probabilité raisonnable de déclaration de culpabilité. Elle n'a pas analysé les faits admis et non réfutés suivants figurant au dossier, à savoir que les enfants avaient disparu alors qu'ils étaient sous la garde de leur père et qu'on les avait retrouvés dans la voiture de leur mère le 9 novembre 2010. De l'avis de la Cour d'appel, la preuve établissait les éléments essentiels pour justifier l'incarcération.

[194] De plus, la Cour d'appel a estimé que la juge d'extradition avait commis une erreur en tenant compte de la défense prévue à l'art. 285 du *Code*

It concluded that while “in due course” a defence along the lines of s. 285 may be open to the mother, the extradition judge went beyond her proper role in considering it at the committal stage.

[195] In the mother’s submissions to the Minister of Justice, she argued that her surrender would be unjust and oppressive both because her extradition would not be in the best interests of her children, and because she had a strong defence to the equivalent Canadian charges under s. 285 of the *Criminal Code*. She noted in particular that she had taken good care of her children, that she was saving them from imminent danger of physical and mental abuse by bringing them to Canada, and that they would face a serious risk of harm if they were to return to their abusive father in Georgia.

[196] The Minister ordered her surrender. He noted that the “best interests of the child” is not a principle of fundamental justice and that a person accused of a crime in Canada cannot escape criminal prosecution solely because it may have negative consequences on his or her family. In any event, he found that the best interests of the children were unclear, and that there was no evidence suggesting that the children would be returned to their father’s care if the mother were extradited. Moreover, the Minister was of the view that if the mother were extradited, the Quebec Director of Youth Protection could determine what was in the children’s best interests, and that if no family member could take care of them, foster care would be available.

[197] In addition, he concluded that the s. 285 defence did not alter the criminal nature of the conduct, nor was it a relevant consideration in determining whether the mother’s conduct met the requirements of double criminality. In his view, defences should be left for consideration by the foreign court. While he acknowledged that no defence equivalent to s. 285 is recognized under Georgia law, he noted that

criminel. La cour a conclu que, bien qu’il soit possible qu’une défense s’apparentant à celle prévue à l’art. 285 puisse [TRADUCTION] « en temps et lieu » être invoquée par la mère, la juge d’extradition avait outrepassé son propre rôle en examinant cette défense à l’étape de l’incarcération.

[195] Dans ses observations présentées au ministre de la Justice, la mère a soutenu que son extradition serait injuste ou tyrannique, parce qu’une telle mesure ne servirait pas l’intérêt supérieur de ses enfants et qu’elle disposait, en vertu de l’art. 285 du *Code criminel*, d’une défense solide à faire valoir à l’encontre des accusations canadiennes équivalentes. Elle a fait remarquer en particulier qu’elle avait bien pris soin de ses enfants, qu’elle les avait protégés d’un danger imminent de violence physique et psychologique en les emmenant au Canada et qu’ils seraient exposés à un risque sérieux de préjudice s’ils devaient retourner chez leur père violent en Géorgie.

[196] Le ministre a ordonné son extradition, soulignant que l’« intérêt supérieur de l’enfant » n’était pas un principe de justice fondamentale et qu’une personne accusée d’un crime au Canada ne pouvait pas échapper à des poursuites criminelles uniquement parce que celles-ci pourraient avoir des conséquences défavorables sur sa famille. De toute façon, il a conclu que l’intérêt supérieur des enfants n’était pas évident dans cette affaire et que rien dans la preuve n’indiquait que ceux-ci seraient renvoyés chez leur père si leur mère était extradée. De plus, le ministre a estimé que le directeur de la protection de la jeunesse du Québec pourrait déterminer ce qui était dans l’intérêt supérieur des enfants en cas d’extradition de la mère, et que, si aucun membre de la famille ne pouvait prendre soin d’eux, ils pourraient être placés en famille d’accueil.

[197] En outre, le ministre a conclu que la défense prévue à l’art. 285 ne changeait rien à la nature criminelle de la conduite reprochée et qu’il ne s’agissait pas non plus d’une considération pertinente pour déterminer si la conduite de la mère respectait les conditions d’existence de la double incrimination. Selon lui, les moyens de défense devaient être laissés à l’appréciation du tribunal étranger. Même s’il a

the mother could nonetheless raise the defence of coercion. In his view, it was not his role to question the sufficiency of the evidence for committal.

[198] The Quebec Court of Appeal dismissed the mother's application for judicial review of the Minister's surrender order. It concluded that the Minister's decision was reasonable because he took into consideration and evaluated all the relevant circumstances, including the best interests of the children. The Minister also properly balanced the mother's personal circumstances and the consequences of extradition for the mother and her children against such factors as the importance for Canada to meet its international obligations and for Canada not to be used as a safe haven by fugitives. The mother's surrender to the United States would therefore not be unjust or oppressive, nor would it result in a violation of her constitutional rights.

[199] This Court, in *United States of America v. Ferras*, [2006] 2 S.C.R. 77, clarified the test for committal in extradition proceedings, clearly distinguishing it from the lower threshold for committal in preliminary inquiries. That test is whether there is "sufficient evidence upon which a reasonable jury, properly instructed, could convict": para. 65. In my view, that threshold for committal was not met in this case.

[200] And although it is not strictly necessary, given my view that committal was not justified, I would also set aside the Minister's surrender order. In my respectful view, he did not take into sufficient account the best interests of the children who, having sought their mother's assistance in escaping from their father's violence, would find themselves without a parent if she were extradited for helping them. Nor did the Minister take proper account of the fact that Georgia does not recognize a defence analogous to s. 285.

admis que le droit de la Géorgie ne reconnaissait aucune défense équivalente à celle prévue à l'art. 285, il a souligné que la mère pouvait néanmoins soulever la défense de la coercition. Il a estimé qu'il ne lui appartenait pas de remettre en cause la suffisance de la preuve relative à l'incarcération.

[198] La Cour d'appel du Québec a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par la mère à l'égard de l'arrêté d'extradition du ministre. Elle a conclu que la décision du ministre était raisonnable parce qu'il avait considéré et apprécié toutes les circonstances pertinentes, y compris l'intérêt supérieur des enfants. Le ministre avait également soupesé correctement la situation personnelle de la mère et les conséquences de l'extradition pour elle et ses enfants par rapport à des facteurs tels que l'importance pour le Canada de respecter ses obligations internationales et de ne pas servir de refuge aux fugitifs. L'extradition de la mère aux États-Unis ne serait donc pas injuste ou tyrannique, et n'entraînerait pas non plus une violation de ses droits constitutionnels.

[199] Dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Ferras*, [2006] 2 R.C.S. 77, notre Cour a précisé le critère applicable à l'incarcération dans une instance d'extradition, le distinguant clairement de la norme moins exigeante applicable au renvoi à procès dans une enquête préliminaire. Ce critère consiste à décider s'il existe « suffisamment d'éléments de preuve au vu desquels un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité » (par. 65). À mon avis, il n'est pas respecté en l'espèce.

[200] Et, bien que cela ne soit pas strictement nécessaire, puisque j'estime que l'incarcération n'était pas justifiée, j'annulerais également l'arrêté d'extradition du ministre. Soit dit en tout respect, ce dernier n'a pas suffisamment tenu compte de l'intérêt supérieur des enfants, lesquels, ayant sollicité l'assistance de leur mère pour échapper à la violence de leur père, se retrouveraient sans aucun parent si leur mère était extradée parce qu'elle les a aidés. Le ministre n'a pas non plus dûment pris en compte le fait que la Géorgie ne reconnaît pas de défense analogue à celle prévue à l'art. 285.

Analysis

[201] Extradition is often characterized as taking place over three phases. At the first stage, the Minister must decide, after receiving an extradition request from a foreign state, whether to proceed with the matter by issuing an authority to proceed. If an authority to proceed is issued, the next phase is the committal stage, where the extradition judge determines whether the requirement of double criminality is met and, therefore, whether committal is justified. If committal is ordered, the matter reverts to the Minister to decide whether to order surrender: see *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18, s. 40. The power to order or refuse surrender is discretionary, but is subject to the provisions of the *Extradition Act* and the *Extradition Treaty between Canada and the United States of America*, Can. T.S. 1976 No. 3 (“*Treaty*”), and must be exercised in accordance with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Most pertinently for purposes of this case, s. 44(1)(a) of the *Extradition Act* provides that the Minister must refuse surrender if he is satisfied that the surrender would be “unjust or oppressive having regard to all the relevant circumstances”.

[202] Canada is a signatory to a number of extradition treaties, including the *Treaty*, which governs extradition between Canada and the United States. The *Treaty* and other extradition treaties are implemented into domestic law in the *Extradition Act*.

[203] “Double criminality” is a precondition to surrender under Canada’s extradition treaties (e.g., Articles 2 and 10 of the *Treaty*), and is codified at s. 3(1) of the *Extradition Act*. Section 3(1) provides:

3. (1) A person may be extradited from Canada in accordance with this Act and a relevant extradition agreement on the request of an extradition partner for the purpose of prosecuting the person or imposing a sentence on — or enforcing a sentence imposed on — the person if

Analyse

[201] L’extradition est souvent décrite comme une procédure à trois étapes. À la première étape, lorsque le ministre a reçu une demande d’extradition d’un autre État, il doit décider s’il donne suite à l’affaire en délivrant un arrêté introductif d’instance. S’il délivre un tel arrêté, la prochaine étape est celle de l’incarcération; le juge d’extradition décide alors si l’exigence relative à la double incrimination est respectée et si l’incarcération est de ce fait justifiée. Si l’incarcération est ordonnée, l’affaire est renvoyée au ministre pour qu’il décide d’ordonner ou non l’extradition (voir *Loi sur l’extradition*, L.C. 1999, c. 18, art. 40). Le pouvoir d’ordonner ou de refuser l’extradition est discrétionnaire, mais il est assujéti aux dispositions de la *Loi sur l’extradition* et du *Traité d’extradition entre le Canada et les États-Unis d’Amérique*, R.T. Can. 1976 n° 3 (le « *Traité* »), et doit être exercé conformément à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Considération encore plus pertinente pour les besoins de la présente affaire, l’al. 44(1)a de la *Loi sur l’extradition* prévoit que le ministre doit refuser l’extradition s’il est convaincu qu’elle serait « injuste ou tyrannique compte tenu de toutes les circonstances ».

[202] Le Canada est signataire d’un certain nombre de traités d’extradition, y compris le *Traité*, qui régit l’extradition entre le Canada et les États-Unis. Le *Traité* et d’autres traités d’extradition ont été incorporés au droit interne par la *Loi sur l’extradition*.

[203] Le principe de la « double incrimination » est une condition préalable à l’extradition aux termes des traités d’extradition dont le Canada est signataire (p. ex., articles 2 et 10 du *Traité*), et il est inscrit au par. 3(1) de la *Loi sur l’extradition*. Cette disposition est rédigée ainsi :

3. (1) Toute personne peut être extradée du Canada, en conformité avec la présente loi et tout accord applicable, à la demande d’un partenaire pour subir son procès dans le ressort de celui-ci, se faire infliger une peine ou y purger une peine si :

(a) subject to a relevant extradition agreement, *the offence in respect of which the extradition is requested is punishable* by the extradition partner, by imprisoning or otherwise depriving the person of their liberty for a maximum term of two years or more, or by a more severe punishment; and

(b) the conduct of the person, had it occurred in Canada, would have constituted an offence that is punishable in Canada,

(i) in the case of a request based on a specific agreement, by imprisonment for a maximum term of five years or more, or by a more severe punishment, and

(ii) in any other case, by imprisonment for a maximum term of two years or more, or by a more severe punishment, subject to a relevant extradition agreement.

[204] Double criminality therefore incorporates both a domestic and foreign component. Section 3(1) (a) of the *Extradition Act* requires that the offence upon which extradition is requested be punishable in the requesting state by a loss of liberty of two or more years. Section 3(1)(b) provides that the conduct underlying the foreign offence must constitute an offence punishable in Canada by at least two years.

[205] As McLachlin J. explained in *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, at p. 845, Canada “will not extradite for acts which are not offences in this country”. The underlying purpose of the double criminality requirement is to ensure that “no one in Canada [is] surrendered for prosecution outside this country for behaviour that does not amount to a crime in this country”: *United States of America v. Lépine*, [1994] 1 S.C.R. 286, at p. 297. Stated otherwise, “[t]he purpose of double criminality is to safeguard the liberty of an individual whose extradition is sought by ensuring that he or she is not surrendered to face prosecution in another country for conduct that would not amount to a criminal offence in the country of refuge”: *Canada (Justice) v. Fischbacher*, [2009] 3 S.C.R. 170, at para. 26.

a) d’une part, *l’infraction mentionnée dans la demande est*, aux termes du droit applicable par le partenaire, *sanctionnée*, sous réserve de l’accord applicable, par une peine d’emprisonnement ou une autre forme de privation de liberté d’une durée maximale de deux ans ou plus ou par une peine plus sévère;

b) d’autre part, l’ensemble de ses actes aurait constitué, s’ils avaient été commis au Canada, une infraction sanctionnée aux termes du droit canadien :

(i) dans le cas où un accord spécifique est applicable, par une peine d’emprisonnement maximale de cinq ans ou plus ou par une peine plus sévère,

(ii) dans le cas contraire, sous réserve de l’accord applicable, par une peine d’emprisonnement maximale de deux ans ou plus ou par une peine plus sévère.

[204] La double incrimination comporte donc un aspect interne et un aspect étranger. L’alinéa 3(1)a) de la *Loi sur l’extradition* exige que l’infraction à l’égard de laquelle l’extradition est demandée soit sanctionnée dans l’État requérant par une privation de liberté de deux ans ou plus. L’alinéa 3(1)b) précise que les actes constituant l’infraction punissable à l’étranger doivent constituer une infraction sanctionnée aux termes du droit canadien par une peine d’emprisonnement d’au moins deux ans.

[205] Comme l’a expliqué la juge McLachlin dans l’arrêt *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, p. 845, « [i]l n’y aura pas d’extradition pour des actes qui ne constituent pas des infractions dans notre pays ». L’objectif à la base de l’exigence relative à la double incrimination est de faire en sorte que « personne au Canada [ne soit] extradé afin d’être poursuivi à l’extérieur de notre pays pour un comportement qui ne constitue pas un crime dans notre pays » (*États-Unis d’Amérique c. Lépine*, [1994] 1 R.C.S. 286, p. 297). Autrement dit, « [l]e principe de la double incrimination vise à protéger la liberté de l’intéressé en empêchant qu’il soit extradé vers un autre État pour y être traduit en justice pour des actes qui ne constitueraient pas une infraction criminelle dans son pays d’accueil » (*Canada (Justice) c. Fischbacher*, [2009] 3 R.C.S. 170, par. 26).

[206] The principle of double criminality is internationally recognized as central to extradition law: *Fischbacher*, at para. 26. Resting in part on the concept of reciprocity, it ensures that a person's liberty is not at risk as a consequence of an offence which is not criminal in the requested state: *Washington (State of) v. Johnson*, [1988] 1 S.C.R. 327, at p. 341 (citing Ivan A. Shearer, *Extradition in International Law* (1971), at pp. 137-38).

[207] That is because double criminality is based, in part, on ensuring that "a person's liberty is not restricted as a consequence of offences not recognized as criminal by the requested State": Shearer, at p. 137. As Prof. Shearer explains, the rule of reciprocity ensures that a state is not required to extradite someone for an offence for which it, in return, "would never have occasion to make demand": p. 138. In other words, where a person is extradited for conduct not amounting to a criminal offence in the requested state, the principle of double criminality is offended.

[208] Responsibility for deciding whether the foreign component of double criminality has been met falls to the Minister. When the Minister receives an extradition request for a person sought to face trial, he or she must determine whether the conduct described in the extradition request satisfies the conditions set out in s. 3(1)(a) of the *Extradition Act* before he or she can issue an authority to proceed: *Extradition Act*, s. 15(1). Section 15(3) of the *Extradition Act* provides that the authority to proceed must include three components, including that the conduct must amount to an offence punishable in Canada in accordance with s. 3(1)(b).

[209] The authority to proceed authorizes the Minister to seek an order of committal before an extradition judge. The function of the extradition hearing is to determine whether the domestic component of double criminality is met, as required by s. 3(1)(b)

[206] Le principe de la double incrimination est reconnu à l'échelle internationale comme un élément essentiel du droit de l'extradition (*Fischbacher*, par. 26). Se fondant en partie sur la notion de réciprocité, il garantit que la liberté d'une personne n'est pas menacée lorsque l'infraction ne constitue pas une infraction criminelle dans l'État requis (*Washington (État de) c. Johnson*, [1988] 1 R.C.S. 327, p. 341 (citant Ivan A. Shearer, *Extradition in International Law* (1971), p. 137-138)).

[207] En effet, la double incrimination repose en partie sur la nécessité de garantir [TRADUCTION] « qu'il ne sera pas porté atteinte à la liberté d'une personne pour des infractions qui ne sont pas considérées comme criminelles par l'État requis » (Shearer, p. 137). Comme l'explique le professeur Shearer, le principe de la réciprocité fait en sorte qu'un État n'aura pas à extraditer une personne pour une infraction à l'égard de laquelle il « n'aura jamais lui-même l'occasion de demander l'extradition » (p. 138). Autrement dit, lorsqu'une personne est extradée pour des actes qui ne correspondent pas à une infraction criminelle dans l'État requis, il y a entorse au principe de la double incrimination.

[208] Il incombe au ministre de déterminer si l'aspect étranger de la double incrimination est respecté. Lorsqu'on lui demande d'extraditer une personne en vue de lui faire subir un procès, le ministre doit, avant de pouvoir prendre un arrêté introductif d'instance, décider si les actes décrits dans la demande satisfont aux conditions prévues à l'al. 3(1)a) (*Loi sur l'extradition*, par. 15(1)). Le paragraphe 15(3) de la *Loi sur l'extradition* prévoit que l'arrêté introductif d'instance doit comporter trois éléments, dont celui voulant que l'ensemble des actes reprochés corresponde à une infraction sanctionnée aux termes du droit canadien, conformément à l'al. 3(1)b).

[209] L'arrêté introductif d'instance autorise le ministre à demander une ordonnance d'incarcération à un juge d'extradition. L'audience d'extradition vise à déterminer si l'aspect interne de la double incrimination est respecté, comme l'exige l'al. 3(1)b)

of the *Extradition Act*. Section 29(1) of the *Extradition Act* provides:

29. (1) A judge shall order the committal of the person into custody to await surrender if

(a) in the case of a person sought for prosecution, there is evidence admissible under this Act of conduct that, had it occurred in Canada, would justify committal for trial in Canada on the offence set out in the authority to proceed and the judge is satisfied that the person is the person sought by the extradition partner;

[210] Section 29(1) of the *Extradition Act* requires a judge to order committal if there is sufficient evidence to justify committal for trial in Canada had the offence occurred in this country. The requirement, however, must be read harmoniously with the rest of the Act. In particular, s. 3(1)(b) provides in part that the conduct of the person, had it occurred in Canada, must constitute “an offence that is punishable in Canada”. Effect must be given to s. 3(1)(b) and the animating principle of double criminality in determining the scope of the extradition judge’s role in deciding whether to order committal. As a result, the function of the extradition hearing is

to determine whether there is sufficient evidence that a fugitive accused has committed an act in the requesting state that would, if committed in Canada, constitute a Canadian crime In short, . . . what the extradition judge must determine is whether the conduct of the accused would constitute a crime if it had been committed in this country. [Emphasis in original.]

(*McVey (Re)*, [1992] 3 S.C.R. 475, at p. 526)

[211] This Court most recently discussed an appeal of a committal order in *Ferras*, where it held that before a person can be ordered for committal, there must be a “meaningful judicial determination” of whether the case for extradition has been established, namely, “whether there is sufficient evidence

de la *Loi sur l’extradition*. Le paragraphe 29(1) de la *Loi sur l’extradition* dispose :

29. (1) Le juge ordonne dans les cas suivants l’incarcération de l’intéressé jusqu’à sa remise :

a) si la personne est recherchée pour subir son procès, la preuve — admissible en vertu de la présente loi — des actes justifierait, s’ils avaient été commis au Canada, son renvoi à procès au Canada relativement à l’infraction mentionnée dans l’arrêté introductif d’instance et le juge est convaincu que la personne qui comparaît est celle qui est recherchée par le partenaire;

[210] Le paragraphe 29(1) de la *Loi sur l’extradition* exige que le juge rende une ordonnance d’incarcération dans le cas où la preuve des actes reprochés justifierait, s’ils avaient été commis au Canada, un renvoi à procès dans notre pays. Il faut cependant interpréter cette exigence d’une manière qui s’harmonise avec le reste de la Loi. De façon plus particulière, l’al. 3(1)(b) prévoit notamment que l’ensemble des actes de la personne doit constituer, s’ils avaient été commis au Canada, « une infraction sanctionnée aux termes du droit canadien ». Il faut donner effet à l’al. 3(1)(b) et au principe de la double incrimination qui l’anime afin de déterminer l’étendue du rôle du juge d’extradition lorsqu’il décide s’il lui faut ordonner l’incarcération. Il s’ensuit que la fonction de l’audience d’extradition peut être définie ainsi :

. . . déterminer s’il y a suffisamment de preuve qu’un fugitif accusé a commis un acte dans l’État requérant qui, s’il avait été commis au Canada, constituerait un crime [. . .] Bref, [. . .] le juge d’extradition doit déterminer si l’acte de l’accusé constituerait un crime s’il avait été accompli dans notre pays. [Souligné dans l’original.]

(*McVey (Re)*, [1992] 3 R.C.S. 475, p. 526)

[211] Plus récemment, dans l’arrêt *Ferras*, la Cour s’est penchée sur un appel d’une ordonnance d’incarcération. Elle a statué que, avant que l’incarcération d’une personne puisse être ordonnée, il faut une « décision judiciaire valable » quant à la question de savoir si la preuve nécessaire à son

to permit a properly instructed [Canadian] jury to convict”: para. 26. An extradition judge is not merely “a rubber stamp”, but must instead “judicially consider the facts and the law and be satisfied that they justify committal before ordering extradition”: para. 25.

[212] Given that both committal hearings and preliminary inquiries are pre-trial screening procedures directed at assessing the sufficiency of evidence, a parallel had previously been drawn between the two. Notably, however, *Ferras* explained that there are significant differences between the two procedures:

It is important as well to note the differences between extradition hearings and domestic preliminary inquiries. Both are pre-trial screening devices and both use the same test of sufficiency of evidence for committal: whether evidence exists upon which a reasonable jury, properly instructed, could return a verdict of guilty Previously, the *Extradition Act* cemented the analogy between the two proceedings by directing that an extradition judge “hear the case, in the same manner, as nearly as may be, as if the fugitive was brought before a justice of the peace, charged with an indictable offence committed in Canada” The new Act, however, does not maintain this close parallel in proceedings. Section 24(2) of the Act states: “For the purposes of the hearing, the judge has, subject to this Act, the powers of a justice under Part XVIII of the *Criminal Code*, with any modifications that the circumstances require.” *This grants the extradition judge the same powers as a preliminary inquiry judge, but requires the judge to exercise those powers in a manner appropriate to the extradition context. The judge no longer follows “as nearly as may be” the procedure of a preliminary inquiry. A second difference comes from the different rules for admitting evidence.* Evidence is admitted on a preliminary inquiry according to domestic rules of evidence, with all the inherent guarantees of threshold reliability that those rules entail. In contrast, evidence adduced on extradition may lack the threshold guarantees of reliability afforded by Canadian rules of evidence. A third difference comes from the ability of extradition judges to grant *Charter* remedies. *These differences make it inappropriate to equate the task of the extradition judge with the task*

extradition a été établie — c’est-à-dire « s’il y a suffisamment d’éléments de preuve pour qu’un jury [canadien], ayant reçu des directives appropriées, puisse conclure à la culpabilité » (par. 26). Le juge d’extradition ne peut se contenter d’« entériner d’office »; il doit plutôt « examiner les faits et le droit et être convaincu qu’ils justifient l’incarcération avant d’ordonner l’extradition » (par. 25).

[212] Comme l’audience relative à l’incarcération et l’enquête préliminaire constituent toutes deux des procédures préalables au procès servant de filtre pour apprécier le caractère suffisant de la preuve, un parallèle a déjà été tracé entre les deux procédures. Il convient toutefois de souligner que, dans l’arrêt *Ferras*, la Cour a expliqué qu’elles comportent des différences importantes :

Il importe également de noter les différences entre les audiences d’extradition et les enquêtes préliminaires qui se déroulent au Canada. Dans les deux cas, il s’agit d’une étape préalable au procès servant de filtre et on utilise le même critère du caractère suffisant de la preuve pour le renvoi à procès : existe-t-il des éléments de preuve au vu desquels un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait rendre un verdict de culpabilité [. . .] Dans sa version antérieure, la *Loi sur l’extradition* cimentait l’analogie entre les deux procédures en précisant que l’audience devant le juge d’extradition devait « se déroule[r], dans la mesure du possible [. . .] comme [si le fugitif] comparait devant un juge de paix pour un acte criminel commis au Canada » [. . .] Toutefois, la nouvelle Loi ne maintient pas ce parallèle étroit entre les procédures. Le paragraphe 24(2) de la Loi stipule : « [Le juge, pour procéder à l’audition de la demande est] investi, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, des mêmes pouvoirs qu’un juge de paix en application de la partie XVIII du *Code criminel*, compte tenu des adaptations nécessaires. » *Cette disposition confère au juge d’extradition les mêmes pouvoirs que ceux dont est investi le juge présidant l’enquête préliminaire, mais elle exige qu’il les exerce d’une manière qui convienne dans le contexte de l’extradition. Le juge ne se conforme plus « dans la mesure du possible » à la procédure d’une enquête préliminaire. La deuxième différence réside dans les règles d’admission de la preuve.* À l’enquête préliminaire, l’admission de la preuve se fait selon les règles de preuve applicables au Canada, avec tout ce qu’elles comportent de garanties inhérentes quant au seuil de fiabilité. Par contre, la preuve présentée dans une instance

of a judge on a preliminary inquiry. [Emphasis added; para. 48.]

Ferras thus clearly distinguished committal hearings from preliminary inquiries, eschewing the latter's threshold in extradition proceedings.

[213] Given the context of extradition proceedings and the liberty interests involved, the threshold for committal for extradition is higher than the threshold that applies to preliminary inquiries for committal to a criminal trial. This is reflected in the expanded ability of the extradition judge to admit and assess evidence led at the committal hearing:

Section 29(1) of the *Extradition Act* . . . requires the extradition judge to be satisfied that the evidence would justify committal for trial in Canada, had the offence occurred here. Canadian courts in recent decades have adopted the practice of leaving a case or defence to the jury where there is any evidence to support it, and have discouraged trial judges from weighing the evidence and refusing to put a matter to the jury on the basis that the evidence is not sufficiently reliable or persuasive This may explain . . . that the extradition judge has no discretion to refuse to extradite if there is any evidence, however scant or suspect, supporting each of the elements of the offence alleged. *This narrow approach to judicial discretion should not be applied in extradition matters, in my opinion.* The decision to remove a trial judge's discretion reflects confidence that, given the strict rules of admissibility of evidence on criminal trials, a properly instructed jury is capable of performing the task of assessing the reliability of the evidence and weighing its sufficiency without the assistance of the judge. The accused is not denied the protection of the trier of fact reviewing and weighing the evidence. The effect of applying this test in extradition proceedings, by contrast, is to deprive the subject of any review of the reliability or sufficiency of the evidence. Put another way, the limited judicial discretion to keep evidence from a Canadian jury does not have the same negative constitutional implications as the removal of an extradition judge's discretion

d'extradition peut être dépourvue de ces garanties. La troisième différence tient au pouvoir des juges d'extradition d'accorder des réparations fondées sur la *Charte*. *Étant donné ces différences, il n'est pas approprié d'assimiler la tâche du juge d'extradition à celle du juge présidant l'enquête préliminaire.* [Italiques ajoutés; par. 48.]

L'arrêt *Ferras* distingue donc clairement l'audience relative à l'incarcération de l'enquête préliminaire, écartant dans l'instance d'extradition le critère de renvoi à procès applicable en matière préliminaire.

[213] Vu le contexte des procédures d'extradition et les droits à la liberté en cause, le critère applicable à l'incarcération en vue de l'extradition est plus exigeant que celui applicable au renvoi au procès criminel dans une enquête préliminaire. C'est ce qui ressort de l'élargissement de la faculté du juge d'extradition d'admettre et d'apprécier des éléments de preuve déposés à l'audience relative à l'incarcération :

. . . le par. 29(1) de la *Loi sur l'extradition* exige que le juge d'extradition soit convaincu que les éléments de preuve justifieraient le renvoi à procès au Canada, si l'infraction y avait été commise. Les tribunaux canadiens ont adopté, au cours des dernières décennies, la pratique qui consiste à soumettre l'accusation ou le moyen de défense à l'appréciation du jury lorsqu'un élément de preuve permet de les étayer et ont dissuadé les juges de première instance d'évaluer la preuve et de soustraire une question à l'appréciation du jury du fait que la preuve n'est pas suffisamment fiable ou convaincante [. . .] Cela peut expliquer la conclusion [. . .] selon laquelle le juge d'extradition n'a pas le pouvoir discrétionnaire de refuser l'extradition s'il existe une preuve, même faible ou douteuse, à l'appui de chacun des éléments de l'infraction alléguée. *À mon avis, cette façon stricte d'aborder le pouvoir judiciaire discrétionnaire ne devrait pas s'appliquer en matière d'extradition.* La décision de retirer à un juge de première instance son pouvoir discrétionnaire reflète la certitude que, étant donné les règles strictes d'admissibilité de la preuve dans les procès criminels, le jury qui a reçu des directives appropriées est capable de s'acquitter de la tâche qui lui incombe d'évaluer la fiabilité de la preuve et de soupeser son caractère suffisant sans l'aide du juge. L'accusé n'est pas privé de la protection que procurent l'examen et l'appréciation de la preuve par le juge des faits. Par contre, l'application de ce critère dans des instances d'extradition a pour effet

to decline to commit for extradition. In the latter case, removal of the discretion may deprive the subject of his or her constitutional right to a meaningful judicial determination *before* the subject is sent out of the country and loses his or her liberty. [Emphasis added; para. 47.]

[214] To justify committal in extradition proceedings, therefore, the test is clear: there must not only be evidence on each element of the offence, the evidence must be such that a reasonable, properly instructed jury could return a guilty verdict. As this Court stated in *Ferras*:

Section 29(1)'s direction to an extradition judge to determine whether there is admissible evidence that would "justify committal" requires a judge to assess whether admissible evidence *shows the justice or rightness* in committing a person for extradition. It is not enough for evidence to merely exist on each element of the crime. The evidence must be demonstrably able to be used by a reasonable, properly instructed jury to reach a verdict of guilty. If the evidence is incapable of demonstrating this sufficiency for committal, then it cannot "justify committal". The evidence need not convince an extradition judge that a person sought is guilty of the alleged crimes. That assessment remains for the trial court in the foreign state. However, it must establish a case that *could go to trial* in Canada. This may require the extradition judge to engage in limited weighing of the evidence to determine, not ultimate guilt, but sufficiency of evidence for committal to trial. [Emphasis in original; para. 46.]

[215] In determining whether committal is justified, the extradition judge must consider both what evidence is admissible under the *Extradition Act* and whether that evidence justifies committal: *Ferras*, at para. 36. Sections 31 to 37 of the *Extradition Act*

de priver l'intéressé de tout examen de la fiabilité ou du caractère suffisant de la preuve. Autrement dit, le pouvoir discrétionnaire limité qu'ont les juges de soustraire à l'appréciation d'un jury canadien un élément de preuve n'a pas les mêmes conséquences négatives sur le plan constitutionnel que la décision de lui retirer le pouvoir discrétionnaire de refuser d'ordonner l'incarcération en vue de l'extradition. Dans ce dernier cas, le retrait du pouvoir discrétionnaire peut priver l'intéressé de son droit constitutionnel à une décision judiciaire valable *avant* qu'il perde sa liberté et soit renvoyé du pays. [Italiques ajoutés; par. 47.]

[214] Pour justifier l'incarcération dans une procédure d'extradition, le critère applicable est donc clair : non seulement doit-il exister une preuve à l'égard de chacun des éléments de l'infraction, mais cette preuve doit être telle qu'un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées pourrait rendre un verdict de culpabilité. Comme l'a déclaré la Cour dans l'arrêt *Ferras* :

Au paragraphe 29(1), la directive imposant au juge d'extradition de déterminer s'il existe une preuve admissible qui « justifierait [. . .] le renvoi à procès » l'oblige à évaluer si la preuve admissible *prouve le bien-fondé* de l'incarcération en vue de l'extradition. Il ne suffit pas qu'un élément de preuve existe simplement à l'égard de chaque élément du crime. La preuve doit pouvoir permettre à un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, de rendre un verdict de culpabilité. Si la preuve ne permet pas de démontrer le caractère suffisant pour justifier l'incarcération, elle ne saurait alors « justifier » cette dernière. Le juge d'extradition n'a pas besoin d'être convaincu par la preuve que l'intéressé est coupable des crimes allégués. Cette appréciation incombe au tribunal de première instance dans le pays étranger. Cependant, il doit être démontré que la cause *pourrait faire l'objet d'un procès* au Canada. Le juge d'extradition pourrait donc être tenu de procéder à une évaluation limitée des éléments de preuve pour statuer, non pas sur la culpabilité ultime, mais sur le caractère suffisant des éléments de preuve pour justifier le renvoi à procès. [Italiques dans l'original; par. 46.]

[215] Pour décider si l'incarcération est justifiée, le juge d'extradition doit se demander à la fois quelle est la preuve admissible sous le régime de la *Loi sur l'extradition* et si cette preuve justifie l'incarcération (*Ferras*, par. 36). Les articles 31 à 37 de la *Loi sur*

provide the framework for the admissibility of evidence in the extradition context. Of particular note, s. 32(1) provides in part that evidence admissible under Canadian law is admissible at an extradition hearing. In addition, evidence adduced by the person sought for extradition that is “relevant” to the test for committal set out in s. 29(1) is admissible if the judge considers it “reliable”, notwithstanding the fact it might otherwise not be admissible under Canadian law: s. 32(1)(c).

[216] The central issue in this case with respect to the committal order is, as a result, whether “a reasonable, properly instructed jury” could “reach a verdict of guilty”. In my view, this necessarily involves consideration of the statutory defence in s. 285 of the *Criminal Code*, which states in part that no one will be found guilty of an offence under ss. 280 to 283 of the *Criminal Code* if the taking or harbouring of any young person was necessary to protect the young person from danger of imminent harm.

[217] The statutory defence now codified at s. 285¹ was first added to the *Criminal Code* in 1982 as part of a larger series of amendments to the *Code* related to sexual offences and other offences against the person: *An Act to amend the Criminal Code in relation to sexual offences and other offences against the person and to amend certain other Acts in relation thereto or in consequence thereof*, S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 20. At that time, the defence was limited to circumstances where the young person was in danger of imminent harm and did not extend to an accused who himself or herself was in danger. In describing the purpose of the provision and another new defence, Jean Chrétien, then-Attorney General and Minister of State for Social Development, said:

Defences are provided for where the absconding parent has the consent of the custodial parent, and also for the rare case in which the absconding parent can persuade

l’extradition établissent le cadre régissant l’admissibilité de la preuve dans le contexte de l’extradition. Il convient de souligner que le par. 32(1) dispose notamment que les éléments de preuve admissibles en vertu du droit canadien sont admissibles lors d’une audience d’extradition. De plus, les éléments de preuve présentés par l’intéressé qui sont « pertinents » pour les besoins du critère applicable à l’incarcération selon le par. 29(1) sont admissibles si le juge les estime « dignes de foi », même s’ils pourraient par ailleurs ne pas être admissibles en vertu du droit canadien (al. 32(1)c)).

[216] La question centrale dans le présent pourvoi en ce qui concerne l’ordonnance d’incarcération est donc de savoir si « un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées », pourrait « rendre un verdict de culpabilité ». À mon avis, cela suppose nécessairement l’examen de la défense prévue à l’art. 285 du *Code criminel*, lequel précise notamment que nul ne peut être déclaré coupable d’une infraction visée aux art. 280 à 283 si l’enlèvement ou l’hébergement était nécessaire pour protéger la jeune personne d’un danger imminent.

[217] La défense légale énoncée aujourd’hui à l’art. 285¹ a été ajoutée au *Code criminel* en 1982 dans le cadre d’une série plus vaste de modifications concernant les infractions d’ordre sexuel et d’autres infractions contre la personne (*Loi modifiant le Code criminel en matière d’infractions sexuelles et d’autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d’autres lois*, L.C. 1980-81-82-83, c. 125, art. 20). À cette époque, la défense ne s’appliquait que dans le cas où la jeune personne était exposée à un danger imminent et elle ne pouvait être invoquée par un accusé qui était lui-même en danger. Pour décrire l’objet de la disposition et de la nouvelle défense, Jean Chrétien, alors procureur général du Canada et ministre d’État chargé du Développement social, a déclaré :

Ces dispositions ne s’appliqueront pas dans les cas où le parent ayant pris l’enfant aura obtenu le consentement du parent en ayant la garde et dans les rares cas où le

¹ Formerly s. 250.4.

¹ Anciennement l’art. 250.4.

a court that his motive was to save the child from “danger of imminent harm”.

(*House of Commons Debates*, vol. XVII, 1st Sess., 32nd Parl., August 4, 1982, at p. 20040)

[218] The information publicly distributed by the Department of Justice when the provision came into effect emphasized that the legislation was aimed at protecting children:

The legislation also strengthens the *Criminal Code* provisions against taking a child without the consent of the person who has legal custody of that child. “*The new law puts the child first*” said [then-Minister of Justice and Attorney General] Dr. [Mark] MacGuigan, “and recognizes that children have rights: the right to security, stability and continuity in their lives.”

. . .

The new law attempts to stop th[e] practice [of child stealing or abduction]. It accepts that children have rights. They have the right to security, stability, and continuity in their lives. The law protects children from their own parents.

. . .

If the child is in immediate danger, this is a justification for taking the child. The accused must prove to the court that there was a danger of harm. [Emphasis added.]

(*Information on Bill C-127* (1983), news release, “Sexual Offences Bill Proclaimed Law”, January 4, 1983, and brochure, “Abduction: Stealing Children”)

[219] In 1985, the *Criminal Code* was revised and the provision was recodified as s. 285. In 1993, it was amended and expanded to apply in circumstances where either the young person or the accused is escaping from danger of imminent harm: *An Act to amend the Criminal Code and the Young Offenders Act*, S.C. 1993, c. 45, s. 6. As the then-Minister of Justice Pierre Blais said, the amendment served to ensure that a defence was available to battered spouses fleeing violence who decide to take their children with them: *House of Commons Debates*, vol. XV, 3rd Sess., 34th Parl., May 6, 1993,

parent qui aura enlevé son enfant pourra persuader un tribunal qu’il voulait le sauver d’un danger immédiat.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. XVII, 1^{re} sess., 32^e lég., 4 août 1982, p. 20040)

[218] Selon l’information rendue publique par le ministère de la Justice lors de l’entrée en vigueur de la disposition, la loi visait à protéger les enfants :

La loi renforce également les dispositions du *Code criminel* relatives à l’enlèvement d’enfant sans l’autorisation de celui ou celle qui en a la garde légale. « *La nouvelle loi accorde priorité à l’enfant* », a déclaré [le ministre de la Justice et procureur général de l’époque], M. [Mark] MacGuigan, et « reconnaît que l’enfant possède des droits : droit à la sécurité et droit à la stabilité ».

. . .

La nouvelle loi vise à faire cesser les actes de ce genre [le rapt ou l’enlèvement d’enfant]. Elle reconnaît que l’enfant a des droits. Il a droit à la sécurité, à la stabilité et à la tranquillité. Cette loi protégera l’enfant contre ses propres parents.

. . .

L’enlèvement d’un enfant en danger peut se justifier. L’accusé doit prouver au tribunal que l’enfant était en danger. [Italiques ajoutés.]

(*Documentation sur le projet de loi C-127* (1983), communiqué, « Proclamation de la loi sur les infractions sexuelles », 4 janvier 1983, et brochure, « L’enlèvement d’enfant »)

[219] En 1985, le *Code criminel* a fait l’objet d’une révision, et la disposition est devenue l’art. 285. En 1993, elle a été modifiée et son application a été élargie aux situations où la jeune personne ou l’accusé fuit pour échapper à un danger imminent (*Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les jeunes contrevenants*, L.C. 1993, c. 45, art. 6). Comme l’a affirmé le ministre de la Justice de l’époque, Pierre Blais, la modification visait à faire en sorte que les conjoints battus qui fuient la violence en décidant d’emmener leurs enfants avec eux puissent invoquer un moyen de défense (*Débats de la Chambre des*

at p. 19017; Senator Erminie Cohen, *Debates of the Senate*, vol. IV, 3rd Sess., 34th Parl., June 16, 1993, at p. 3536.

[220] Internationally, Canada is a signatory to a number of international instruments which, like s. 285, recognize the primacy of protecting children from harm. The *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, for example, which Canada ratified in 1991, provides that state parties must “take all appropriate legislative, administrative, social and educational measures to protect the child from all forms of physical or mental violence, injury or abuse, neglect or negligent treatment, maltreatment or exploitation . . . while in the care of parent(s), legal guardian(s) or any other person who has the care of the child”: art. 19. The fact that 195 countries have now accepted the *Convention* speaks to the reality that “protecting children from harm [is] a universally accepted goal”: *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, at para. 73.

[221] Similarly, The Hague *Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, Can. T.S. 1983 No. 35 (“*The Hague Convention*”), also underscores the importance of keeping children safe from harm. It states that an order to return a child who has been wrongfully removed from his or her habitual residence may be refused if “there is a grave risk that his or her return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation”: art. 13(b).

[222] In *Thomson v. Thomson*, [1994] 3 S.C.R. 551, La Forest J. explained that this risk must “be a weighty one”, but also acknowledged that “from a child centred perspective, harm is harm”: p. 597; and see *Pollastro v. Pollastro* (1999), 43 O.R. (3d) 485 (C.A.). See also *In re D. (Abduction: Rights of Custody)*, [2007] 1 A.C. 619 (H.L.), where it was similarly observed that “limitations on the duty to return must be restrictively applied”, but that there will nevertheless be “circumstances in which a summary return would be so inimical to the interests of

communes, vol. XV, 3^e sess., 34^e lég., 6 mai 1993, p. 19017; sénatrice Erminie Cohen, *Débats du Sénat*, vol. IV, 3^e sess., 34^e lég., 16 juin 1993, p. 3536).

[220] À l'échelle internationale, le Canada est signataire d'un certain nombre d'instruments internationaux qui, comme l'art. 285, reconnaissent la primauté de la protection des enfants contre le danger. La *Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3, par exemple, que le Canada a ratifiée en 1991, prévoit que les États parties « prennent toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées pour protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation [. . .] pendant qu'il est sous la garde de ses parents ou de l'un d'eux, de son ou ses représentants légaux ou de toute autre personne à qui il est confié » (art. 19). Le fait que 195 pays ont maintenant accepté cette convention montre bien que « [l]a protection des enfants est [. . .] un objectif universellement reconnu » (*Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, par. 73).

[221] De même, la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, R.T. Can. 1983 n° 35, conclue à La Haye (la « *Convention de La Haye* »), souligne également l'importance de protéger les enfants du danger. Elle prévoit la possibilité de refuser d'ordonner le retour d'un enfant déplacé illicitement de l'État dans lequel il avait sa résidence habituelle s'il « existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable » (al. 13b)).

[222] Dans l'arrêt *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551, le juge La Forest a expliqué que ce risque devait « être grave », mais il a également reconnu que, « du point de vue de l'enfant, un préjudice est un préjudice » (p. 597; et voir *Pollastro c. Pollastro* (1999), 43 O.R. (3d) 485 (C.A.)). Dans *In re D. (Abduction : Rights of Custody)*, [2007] 1 A.C. 619 (H.L.), on a aussi fait remarquer [TRADUCTION] « qu'il faut appliquer de manière restrictive les limites assortissant l'obligation de retour », mais qu'il existe néanmoins « des situations dans lesquelles un

the particular child that it would also be contrary to the object of the Convention”: para. 51.

[223] Like the *Convention on the Rights of the Child* and *The Hague Convention*, s. 285 is aimed at protecting children from harm. Just as the *Convention on the Rights of the Child* obligates states to take action to protect a child from violence and abuse, and *The Hague Convention* guards against a child being returned to a situation of grave risk of harm or another intolerable situation, s. 285 shields an individual who takes a child out of necessity to protect him or her from danger of imminent harm. Section 285 thus creates a statutory defence to ensure that children are protected from harm.

[224] It should not, as a result, represent or be seen as a codification of the common law defence of necessity. Contrary to the Crown’s submissions, I see no basis for imposing its exceptionally high threshold into the s. 285 context. Narrowing the defence in s. 285 by importing the tripartite requirements to satisfy the common law necessity test would undermine the text and purpose of the provision. Section 285 requires proof that the taking be “necessary to protect the young person from danger of imminent harm”. As the legislative history discussed earlier in these reasons makes clear, the provision is aimed at “put[ting] the child first” and excusing an accused’s conduct where there is “danger of harm”: *Information on Bill C-127*.

[225] In fact, nowhere in the legislative history is there any mention that s. 285 was intended to incorporate any aspect of the common law defence of necessity. Instead, as previously noted, the words of the then-Minister of Justice confirm that the intention was to provide for the “rare case in which the absconding parent can persuade a court that his motive was to save the child from ‘danger of imminent harm’”. The focus, therefore, is clear — the rescue of children in danger.

retour sommaire serait si défavorable à l’intérêt de l’enfant en cause qu’il serait également contraire à l’objet de la Convention » (par. 51).

[223] À l’instar de la *Convention relative aux droits de l’enfant* et de la *Convention de La Haye*, l’art. 285 vise à protéger les enfants du danger. Tout comme la *Convention relative aux droits de l’enfant* oblige les États à prendre des mesures pour protéger l’enfant contre la violence et les mauvais traitements, et la *Convention de La Haye* empêche le retour de l’enfant à une situation où il existe un risque grave de danger ou à une autre situation intolérable, l’art. 285 protège une personne qui enlève un enfant par nécessité pour le protéger d’un danger imminent. Cette disposition crée donc un moyen de défense visant à protéger les enfants du danger.

[224] Elle ne représente donc pas la codification de la défense de nécessité en common law et elle ne devrait pas non plus être considérée comme telle. Contrairement à ce qu’affirme le ministère public, je ne vois aucune raison d’imposer son seuil d’application exceptionnellement élevé dans le contexte de l’art. 285. Restreindre le champ d’application de la défense prévue à l’art. 285 en important les trois conditions d’application de la défense de nécessité en common law irait à l’encontre du libellé et de l’objet de la disposition. Suivant l’art. 285, il faut prouver que l’enlèvement était « nécessair[e] pour protéger la jeune personne en question d’un danger imminent ». Comme l’indique clairement l’historique législatif dont je fais état précédemment, le but de la disposition est d’« accorde[r] priorité à l’enfant » et d’excuser les actes d’un accusé lorsque « l’enfant était en danger » (*Documentation sur le projet de loi C-127*).

[225] En fait, rien dans l’historique législatif n’indique que l’art. 285 visait à incorporer un aspect quelconque de la défense de nécessité reconnue en common law. Au contraire, comme nous l’avons vu précédemment, les propos du ministre de la Justice de l’époque confirment que l’intention était de prévoir « les rares cas où le parent qui aura enlevé son enfant pourra persuader un tribunal qu’il voulait le sauver d’un danger immédiat ». L’objectif est donc clair : sauver les enfants en danger.

[226] Importing common law barriers from the necessity defence test thus contradicts both the language and, in particular, the child-centred purpose of the provision. This is not a licence to abduct children, it is a defence from criminal liability where their safety urgently requires rescue. In the rare case where the evidence shows that the taking “was necessary to protect the young person from danger of imminent harm” or that “the person charged with the offence was escaping from danger of imminent harm”, the defence will be made out. Had Parliament intended to allow the common law defence of necessity to apply to ss. 280 and 282, there would have been no need to enact s. 285. With great respect, to consider s. 285 as incorporating the defence of necessity renders s. 285 redundant.

[227] The result of s. 285 is that an accused who would otherwise be guilty of an offence under ss. 280 to 283 but whose conduct falls under the conditions specified in s. 285 is not criminally liable for his or her actions. In the words of s. 3(1)(b) of the *Extradition Act*, the conduct would *not* have constituted a punishable offence.

[228] In order for the s. 285 defence to preclude committal, therefore, the evidence presented at the extradition hearing must be sufficiently compelling as to s. 285’s application to the facts of the case that a reasonable, properly instructed jury could not convict. This is consistent with the standard for committal set out in *Ferras*, where the Court held that a meaningful judicial determination of whether the test for committal has been satisfied requires “sufficient evidence to permit a properly instructed jury to convict”: para. 26.

[229] In other words, if a properly instructed jury could not convict in this case by reason of s. 285, the conduct would not constitute “an offence that is punishable in Canada” pursuant to s. 3(1)(b) of

[226] Le fait d’importer les barrières de common law à l’application de la défense de nécessité contredit donc à la fois le libellé de la disposition et, de façon particulière, son objet, axé sur l’enfant. Ce moyen de défense constitue non pas une autorisation d’enlever des enfants, mais bien une défense permettant d’éviter à une personne d’engager sa responsabilité criminelle lorsque la sécurité des enfants exige de façon urgente qu’on leur porte secours. Dans les rares cas où la preuve démontre que l’enlèvement « était[t] nécessair[e] pour protéger la jeune personne en question d’un danger imminent » ou que « l’accusé fuyait pour se protéger d’un tel danger », la défense est établie. S’il avait voulu permettre que la défense de nécessité en common law s’applique aux art. 280 et 282, le législateur n’aurait pas eu besoin d’adopter l’art. 285. Soit dit tout en respect, considérer que l’art. 285 incorpore la défense de nécessité rend cette disposition redondante.

[227] L’article 285 a pour effet de rendre non criminellement responsable de ses actes l’accusé qui serait par ailleurs coupable d’une infraction prévue aux art. 280 à 283, mais dont la conduite satisfait aux conditions qu’il énonce. Selon le libellé de l’al. 3(1)(b) de la *Loi sur l’extradition*, ses actes n’auraient *pas* constitué une infraction sanctionnée.

[228] Pour que la défense prévue à l’art. 285 fasse obstacle à l’incarcération, la preuve présentée à l’audience d’extradition doit donc être suffisamment convaincante quant à l’application de cette disposition aux faits de l’affaire pour qu’un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées ne puisse conclure à la culpabilité. Cela correspond à la norme applicable à l’incarcération énoncée dans *Ferras*, où la Cour a affirmé qu’une décision judiciaire valable à l’égard de la question de savoir s’il a été satisfait au critère applicable en matière d’incarcération exige qu’il y ait « suffisamment d’éléments de preuve pour qu’un jury, ayant reçu des directives appropriées, puisse conclure à la culpabilité » (par. 26).

[229] Autrement dit, si un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées ne peut, en raison de l’art. 285, rendre un verdict de culpabilité en l’espèce, les actes reprochés ne constituent pas « une

the *Extradition Act*. As a result, the requirement of double criminality is not met.

[230] It is true that an extradition hearing is intended to be an expedited process that ensures Canada's prompt compliance with international obligations at a minimum of expense: *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462, at para. 122. At the same time, however, "[o]ne of the most important functions of the extradition hearing is the protection of the liberty of the individual": *Dynar*, at para. 121. A meaningful judicial determination of whether the double criminality requirement is met should not be sacrificed on the altar of potential concerns of expediency, comity and cost. These concerns are adequately addressed in the existing extradition process and not undermined by consideration of the viability of a s. 285 defence. In any event, they must be counterbalanced against the need for a meaningful judicial assessment of the case based on the evidence and the law so that the liberty interests of the person sought for extradition are fully respected and protected.

[231] The task, therefore, for the extradition judge in deciding whether committal is warranted is to determine whether the evidence as a whole

discloses a case on which a jury could convict. If the evidence is so defective or appears so unreliable that the judge concludes it would be dangerous or unsafe to convict, then the case should not go to a jury and is therefore not sufficient to meet the test for committal.

(*Ferras*, at para. 54)

[232] Applying these principles, the extradition judge in this case accepted evidence that she concluded met the threshold test of reliability and was relevant to the issue of committal. Based on a meaningful judicial assessment of the whole of the evidence, she determined that the evidence did not

infraction sanctionnée aux termes du droit canadien » selon l'al. 3(1)b) de la *Loi sur l'extradition*. Par conséquent, l'exigence relative à la double incrimination n'est pas respectée.

[230] Il est vrai que l'audience d'extradition se veut une procédure accélérée propre à garantir l'exécution rapide des obligations internationales du Canada tout en maintenant les dépenses à leur niveau le plus bas (*États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, par. 122). En même temps, toutefois, « [l]'une des fonctions les plus importantes de l'audience d'extradition consiste à protéger la liberté individuelle » (*Dynar*, par. 121). Il ne faudrait pas sacrifier une décision judiciaire valable à l'égard du respect ou non de l'exigence relative à la double incrimination sur l'autel de possibles préoccupations de célérité, de courtoisie et de coût. La procédure actuelle d'extradition répond adéquatement à ces diverses préoccupations, dont la prise en compte n'est pas compromise par l'examen de la viabilité d'une défense fondée sur l'art. 285. De toute façon, pour que les droits à la liberté de l'intéressé soient pleinement respectés et protégés, ces préoccupations doivent être mises en balance avec la nécessité d'une appréciation judiciaire valable du dossier au regard de la preuve et du droit.

[231] Pour décider si l'incarcération est justifiée, le juge d'extradition doit donc déterminer si l'ensemble de la preuve :

... établit l'existence d'une preuve permettant au jury de conclure à la culpabilité. Si la preuve est à ce point viciée ou semble si peu digne de foi qu'il conclut qu'il serait dangereux ou imprudent de déclarer l'accusé coupable, elle ne devrait pas être soumise à l'appréciation du jury et ne présente donc pas le caractère suffisant nécessaire pour satisfaire au critère applicable en matière d'incarcération.

(*Ferras*, par. 54)

[232] Après avoir appliqué ces principes en l'espèce, la juge d'extradition a accepté les éléments de preuve qui satisfaisaient, selon elle, au critère préliminaire de fiabilité et qui étaient pertinents pour statuer sur l'incarcération. À partir d'une appréciation judiciaire valable de l'ensemble de la

reveal conduct that would justify committal. In my view, she was right to do so.

[233] Consideration of the s. 285 defence where a person is sought for extradition on a corresponding Canadian offence under ss. 280 to 283, is a necessary component of determining whether a punishable offence has occurred in Canada. This requires an assessment of potential exonerating factors in order to determine whether the impugned conduct is indeed criminal. Removing consideration of s. 285 from the scope of the extradition judge's review would fail to give proper effect to the principle of double criminality. If the double criminality requirement is to achieve its purpose of ensuring that a person is not surrendered to face prosecution for conduct that would not amount to a criminal offence in Canada, s. 285 must therefore be taken into account when deciding whether a person's conduct would constitute a crime if committed in this country and so justify committal. To preclude its consideration is to unduly narrow the role of the extradition judge in ensuring that double criminality is met, and in providing a meaningful process safeguarding the liberty interests of the person sought for extradition.

[234] There is ample evidence in this case to support the conclusion that, in light of s. 285, a reasonable and properly instructed jury in Canada could not return a guilty verdict on the abduction charges. As the extradition judge concluded, the evidence clearly indicated that the children left their father of their own volition and that he was abusive. The judgment from the Youth Division of the Court of Québec, concurring with an analysis of the situation made by one of the social workers, found that the children were abused by the father and were at risk for further violence if they were returned to Georgia. More specifically, the social worker noted that the father had admitted to using violence in order to correct his two daughters and that information obtained from Georgia Social Services illustrated

preuve, elle a décidé que celle-ci ne révélait pas une conduite qui justifiait l'incarcération. À mon avis, elle a eu raison de conclure ainsi.

[233] Lorsqu'une personne fait l'objet d'une demande d'extradition pour une infraction correspondant à une infraction canadienne prévue aux art. 280 à 283, l'examen de la défense fondée sur l'art. 285 constitue un élément essentiel pour déterminer si une infraction sanctionnée a été commise au Canada. Il faut apprécier les facteurs potentiels d'exonération afin d'établir si la conduite reprochée est effectivement de nature criminelle. Soustraire l'art. 285 à l'examen du juge d'extradition reviendrait à ne pas donner l'effet voulu au principe de la double incrimination. Pour que l'exigence relative à la double incrimination puisse atteindre son objectif, c'est-à-dire empêcher qu'une personne ne soit extradée en vue d'être traduite en justice pour des actes qui ne constitueraient pas une infraction criminelle au Canada, il faut donc prendre en considération l'art. 285 au moment de décider si les actes de cette personne constitueraient un crime s'ils avaient été commis dans notre pays et justifieraient donc l'incarcération. Empêcher la prise en compte de cette disposition restreint indûment le rôle du juge d'extradition lorsqu'il s'agit de veiller au respect du principe de la double incrimination et d'assurer le déroulement d'un processus véritable propre à sauvegarder les droits à la liberté de la personne dont l'extradition est demandée.

[234] En l'espèce, la preuve établit amplement qu'eu égard à l'art. 285, un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées ne pouvait rendre un verdict de culpabilité relativement aux accusations d'enlèvement. Comme l'a conclu la juge d'extradition, la preuve indiquait clairement que les enfants avaient quitté leur père de leur plein gré et que celui-ci était violent. En souscrivant à l'analyse de la situation faite par une des travailleuses sociales, la Chambre de la jeunesse de la Cour du Québec a conclu dans son jugement que les enfants avaient été maltraités par leur père et risquaient de subir d'autres actes de violence s'ils retournaient en Géorgie. Plus précisément, la travailleuse sociale a fait remarquer que le père avait admis avoir usé de violence pour corriger ses deux filles et que les

that their services could not confirm that the children would be safe from abuse if taken back to Georgia.

[235] The children similarly reported to the social worker that their father was abusive, often using belts to hit them. The youngest child stated that the father often told the children that they were bad and created reasons to punish them. The oldest child reported that both his siblings were regularly victims of abuse at the hands of their father, and that he too was abused by the father when he was younger. Both the oldest and middle children explained that they left their father's home together with their younger sister at the end of October 2010 following an altercation between the middle child and the father in which he physically abused her. The children were only 9, 10 and 14 years old at the time. The mother similarly told the social worker that the father had a violent past and that she took the children to Canada solely out of a desire to protect them. Moreover, the oldest child told the social worker that he would rather remain in Canada because he believes he is safe here. Both the youngest and middle child similarly reported that they were afraid of being physically abused if they were to return to their father.

[236] Further corroboration of abuse and harm came from the testimony of the oldest child at a hearing for the mother's interim release. He testified that he and his younger sisters had been physically and mentally abused by the father, stating that "there were incidents with our father, we never had a good relationship and we could not be around him, we did not feel comfortable or safe". According to the oldest child, the father threatened the children and beat them with a belt. They decided to run away from their father's home without the mother's assistance or knowledge, and lived on their own for more than a week before contacting their mother.

[237] The extradition judge's unequivocal conclusion based on this evidence was that a reasonable,

renseignements obtenus des services sociaux de la Géorgie montraient qu'ils n'étaient pas en mesure de confirmer que les enfants seraient à l'abri des mauvais traitements s'ils étaient renvoyés dans cet État américain.

[235] De même, les enfants ont déclaré à la travailleuse sociale que leur père les maltraitait et se servait souvent de ceintures pour les frapper. La benjamine a affirmé que le père leur disait souvent qu'ils étaient méchants et inventait des raisons pour les punir. L'aîné a déclaré que ses deux sœurs étaient régulièrement victimes de mauvais traitements de la part de leur père, lequel l'avait maltraité lui aussi quand il était plus jeune. Les deux aînés ont expliqué qu'ils avaient quitté le domicile de leur père avec leur petite sœur à la fin d'octobre 2010 à la suite d'une altercation survenue entre l'aînée des deux filles et le père, et au cours de laquelle il avait maltraité celle-ci physiquement. À cette époque, les enfants n'avaient que 9, 10 et 14 ans. La mère a également expliqué à la travailleuse sociale que le père avait été violent dans le passé et qu'elle avait emmené les enfants au Canada dans le seul but de les protéger. De plus, l'aîné a confié à la travailleuse sociale qu'il préférerait demeurer au Canada parce qu'il s'y sentait en sécurité. Les deux autres enfants ont également dit craindre d'être maltraités physiquement s'ils devaient retourner chez leur père.

[236] Le témoignage donné par l'aîné lors d'une audience relative à la mise en liberté provisoire de la mère confirme également les mauvais traitements et les préjudices infligés. Il a déclaré que ses sœurs cadettes et lui avaient été maltraités physiquement et psychologiquement par leur père, ajoutant ce qui suit : [TRADUCTION] « . . . il y a eu des incidents avec notre père, nous n'avons jamais eu une bonne relation et nous ne pouvions nous tenir près de lui, nous ne nous sentions pas à l'aise ni en sécurité ». Selon l'aîné, le père menaçait les enfants et les battait avec une ceinture. Ils ont décidé de s'enfuir du domicile de leur père sans l'assistance de leur mère et à son insu, et ils ont vécu de façon autonome pendant plus d'une semaine avant de communiquer avec elle.

[237] La conclusion de la juge d'extradition fondée sur cette preuve est sans équivoque : compte

properly instructed Canadian jury, given the clear wording of s. 285, could not return a verdict of guilty because “the mother’s intent in receiving and harbouring the children after they ran away from their father was to protect the children from further, imminent harm”:

In the circumstances and based upon the facts summarized above, no reasonable jury could draw the inference, as submitted by the Requesting State, that the mother’s intent was to deprive the father of possession of these children, especially as they left of their own volition and not as a result of any actions on her part.

[238] I agree. In my view, the evidence in this case is sufficiently compelling that a properly instructed jury could not convict the mother of offences under ss. 280 and 282 of the *Criminal Code* had her conduct occurred in Canada given the operation of s. 285. This evidence suggests that the children left the father’s home on their own volition and that the mother’s actions in taking the children after they ran away were to protect them from further danger of imminent harm. The double criminality requirement is accordingly not met and the mother’s committal is not warranted in light of the evidence.

[239] As a result, even under the common law defence of necessity, no reasonable and properly instructed jury could find that the tripartite test required to engage the defence of necessity is met on the facts of this case. This Court has long held that the common law defence of necessity requires evidence that the accused was faced with a danger of imminent peril or harm, that there was no reasonable legal alternative to the accused’s conduct and that there is proportionality between the harm caused by the accused and the harm avoided by resorting to the impugned conduct: *R. v. Latimer*, [2001] 1 S.C.R. 3, at paras. 28-34; *R. v. Ryan*, [2013] 1 S.C.R. 14. The committal judge found that the evidence, including admissions by the father, “clearly indicates that he physically abused the three children”. The evidence was that the children were at “serious risk” of further abuse. The children remained at risk even after they

tenu du libellé clair de l’art. 285, un jury canadien raisonnable et ayant reçu des directives appropriées ne pourrait rendre un verdict de culpabilité, parce que [TRADUCTION] « l’intention de la mère lorsqu’elle a reçu et hébergé les enfants après leur fuite était de les protéger d’un autre danger imminent » :

[TRADUCTION] Dans les circonstances, et eu égard aux faits résumés ci-dessus, aucun jury raisonnable ne pourrait inférer, comme le soutient l’État requérant, que l’intention de la mère était de priver le père de la possession des enfants, d’autant plus que ceux-ci sont partis de leur propre gré, et non pas en raison de mesures prises par la mère.

[238] Je suis d’accord. À mon avis, la preuve en l’espèce est suffisamment convaincante pour conclure qu’un jury ayant reçu des directives appropriées ne pourrait pas, vu l’application de l’art. 285, déclarer la mère coupable d’infractions prévues aux art. 280 et 282 du *Code criminel* si les actes avaient été commis au Canada. Cette preuve tend à indiquer que les enfants ont quitté le domicile de leur père de leur propre gré et qu’en emmenant par la suite les enfants avec elle, la mère voulait les protéger d’un autre danger imminent. L’exigence relative à la double incrimination n’est donc pas respectée, et l’incarcération de la mère n’est pas justifiée eu égard à la preuve.

[239] En conséquence, même en application de la défense de nécessité en common law, aucun jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées ne pourrait conclure au respect, eu égard aux faits de l’espèce, du critère à trois volets applicable pour que cette défense entre en jeu. La Cour reconnaît depuis longtemps que ce moyen de défense de common law requiert la preuve que l’accusé était exposé à un danger imminent, qu’il n’existait aucune autre solution raisonnable et légale que d’agir comme il l’a fait, et qu’il y a proportionnalité entre le mal infligé par l’accusé et le mal qu’il a évité en agissant comme il l’a fait (*R. c. Latimer*, [2001] 1 R.C.S. 3, par. 28-34; *R. c. Ryan*, [2013] 1 R.C.S. 14). La juge d’incarcération a conclu que la preuve, y compris les aveux du père, [TRADUCTION] « indique clairement qu’il a maltraité physiquement les trois enfants ». Selon la preuve, les enfants « risqu[ai]ent sérieusement »

had run away, as they were living in an abandoned house, itself a vulnerable situation, and would have been returned to their father if they had been found. This evidence was uncontradicted. On the issue of whether there was a reasonable legal alternative, the mother could have surrendered her children to the government, or sought to vary the custody order. However, she knew the father to be abusive, yet he retained sole custody. Obviously, the government would either have returned the children to him, at least in the short term, or placed them in foster care. In the circumstances of this case, no jury could find this to be a reasonable option for a parent. Finally, no jury could find that the harm of depriving an abusive father of custody, and who is not interested in having the children returned to him, outweighs the harm of children being abused.

[240] I am aware that there is a trilogy of cases from this Court suggesting that common law and *Charter* defences should not be addressed by extradition judges, but left instead for determination in the foreign court: *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536; *United States v. Allard*, [1987] 1 S.C.R. 564. These cases, however, dealt with procedural, not statutory defences which go to whether the conduct itself constitutes an offence.

[241] In *Schmidt*, for example, a person sought for extradition to the United States argued that she should not be extradited to face charges under Ohio law principally on the ground that she was acquitted in respect of the same activity under United States federal law and thus her committal would violate the principle of *autrefois acquit*, either under the *Charter* or at common law. In rejecting the argument, La Forest J., writing for the majority, held that a judge at an extradition hearing “has no jurisdiction to deal with defences that could be raised at

de subir d’autres mauvais traitements. Les enfants étaient toujours en danger même après s’être enfuis, parce qu’ils vivaient dans une maison abandonnée — ce qui en soi constitue une situation à risque — et qu’ils auraient été renvoyés chez leur père si on les avait retrouvés. Cette preuve n’est pas contredite. Pour ce qui est de la question de savoir s’il existait une autre solution raisonnable et légale, la mère aurait pu confier ses enfants au gouvernement ou demander une modification de l’ordonnance de garde. Cependant, elle savait que le père était violent, mais qu’il conservait la garde exclusive des enfants. De toute évidence, le gouvernement aurait soit renvoyé les enfants chez leur père — à tout le moins à court terme —, soit placé ceux-ci en famille d’accueil. Dans les circonstances de l’espèce, aucun jury ne pouvait conclure qu’il s’agissait là d’une solution raisonnable pour un parent. Enfin, aucun jury ne pouvait conclure que le mal causé en privant un père violent de la garde de ses enfants — un père qui ne souhaite pas que ses enfants retournent avec lui — l’emporte sur le mal infligé à des enfants maltraités.

[240] Je sais qu’une trilogie d’arrêts de notre Cour donne à penser que les défenses de common law et celles fondées sur la *Charte* ne devraient pas être examinées par les juges d’extradition, mais qu’elles devraient plutôt être laissées à l’appréciation des tribunaux étrangers (*Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536; *États-Unis c. Allard*, [1987] 1 R.C.S. 564). Ces arrêts portent toutefois sur des moyens de défense d’ordre procédural, et non pas sur des moyens de défense qui sont prévus par la loi et qui obligent le tribunal à se demander si la conduite elle-même constitue une infraction.

[241] Dans *Schmidt*, par exemple, une personne dont on sollicitait l’extradition aux États-Unis a fait valoir qu’elle ne devrait pas être extradée en vue de répondre à des accusations portées en vertu des lois de l’Ohio principalement pour le motif qu’elle avait été acquittée d’accusations fondées sur le même acte sous le régime du droit fédéral américain et que son incarcération violerait donc le principe d’*autrefois acquit* consacré dans la *Charte* et dans la common law. En rejetant cet argument, le juge La Forest a statué, au nom des juges majoritaires,

trial” unless the *Extradition Act* or the applicable extradition treaty otherwise provides: p. 515 (emphasis added). In his view, importing defences into the extradition hearing more appropriately dealt with at trial could “seriously affect the efficient working of a salutary system devised by states for the mutual surrender of suspected wrongdoers”: p. 516.

[242] And in *Mellino*, La Forest J., again writing for the majority, concluded that “[i]t would cripple the operation of our extradition arrangements if extradition judges were to arrogate the power to consider *defences that should properly be raised at trial*”: p. 555 (emphasis added). In that case, the person sought for extradition requested a stay of the proceedings on the grounds that a 17-month delay between his discharge at a first extradition hearing and the institution of second extradition proceedings was an abuse of process and infringed s. 7 of the *Charter*.

[243] Finally, in *Allard*, another case involving a request to stay proceedings on *Charter* grounds, La Forest J. held that a judge acting in an extradition matter is not a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter* to order a stay of proceedings. He again reiterated that “[t]he various *defences to [a] charge are for the consideration of the judge at the trial in the [requesting state]*”: p. 571 (emphasis added). Canadian courts, accordingly, “need not enquire into whether the prosecution will conform to our procedures or if there are *defences that could be raised if the trial took place in Canada*”: pp. 571-72 (emphasis added).

[244] *Schmidt*, *Mellino* and *Allard* are thus clearly distinguishable from the case at bar in that they are concerned with procedural and *Charter* defences,

que le juge présidant une audience d’extradition « *n’a pas compétence pour examiner les moyens de défense qui pourraient être soulevés au procès* », à moins que la *Loi sur l’extradition* ou le traité d’extradition applicable n’en dispose autrement (p. 515 (italiques ajoutés)). À son avis, le fait d’importer dans l’audience d’extradition des moyens de défense qu’il convient davantage d’examiner au procès risquerait « de compromettre gravement le fonctionnement efficace d’un système salubre conçu par les États pour l’extradition réciproque de personnes soupçonnées d’être des malfaiteurs » (p. 516).

[242] Et, dans *Mellino*, s’exprimant encore une fois au nom des juges majoritaires, le juge La Forest a conclu que « [c]ela nuirait gravement à l’application de nos conventions d’extradition si les juges d’extradition s’arrogeaient le pouvoir d’examiner *des moyens de défense qui devraient normalement être soulevés au procès* » (p. 555 (italiques ajoutés)). Dans cette affaire, l’intéressé sollicitait une suspension d’instance au motif que la période de 17 mois qui s’était écoulée entre sa libération après la première audience d’extradition et l’introduction de la seconde procédure d’extradition constituait un abus de procédure et une violation de l’art. 7 de la *Charte*.

[243] Enfin, dans *Allard*, une autre affaire concernant une demande de suspension d’instance pour des motifs fondés sur la *Charte*, le juge La Forest a déclaré qu’un juge agissant en matière d’extradition n’était pas un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte* pour ordonner une suspension d’instance. Il a encore une fois rappelé que « [l]es diverses *défenses à [une] accusation relèvent de l’examen du juge au procès* qui aura lieu [dans l’État requérant] » (p. 571 (italiques ajoutés)). Les tribunaux canadiens n’ont donc pas à « se demander si la poursuite sera conforme à notre procédure ou encore s’il existe *une défense qui pourrait être soulevée au procès s’il avait lieu au Canada* » (p. 571-572 (italiques ajoutés)).

[244] Les affaires *Schmidt*, *Mellino* et *Allard* se distinguent donc clairement de celle dont la Cour est saisie en l’espèce, en ce qu’elles portent sur des

not a statutory defence like s. 285 going directly to criminality. As the British Columbia Civil Liberties Association submitted, the species of exculpatory defence before the Court in this case *does* engage criminality. Pursuant to s. 285, a person cannot be found guilty of an offence under ss. 280 to 283 where the taking was necessary to protect the young person from danger of imminent harm. Unlike the *Charter* and procedural defences in *Schmidt, Mellino* and *Allard*, s. 285 is a statutory defence that defines the criminal conduct. In my view, an extradition judge must accordingly consider the defence in assessing whether the double criminality requirement is met before ordering committal.

[245] In addition, to the extent *Schmidt, Mellino* and *Allard* may suggest the extradition judge should not consider any defences when deciding whether to order committal, these decisions have been overtaken by this Court's subsequent jurisprudence in the extradition and *Charter* context. It is beyond dispute that the function of the extradition hearing is to determine whether the domestic component of double criminality is met: *Németh v. Canada (Justice)*, [2010] 3 S.C.R. 281, at para. 63; *Fischbacher*, at para. 35. As set out in s. 3(1)(b) of the *Extradition Act*, this requires in part that "the conduct of the person, had it occurred in Canada, would have constituted an offence that is punishable in Canada". Barring an extradition judge from considering s. 285 could result in an order for committal in circumstances where the double criminality requirement is not met, thereby jeopardizing the liberty of the individual, a vital interest this country's extradition process is designed in part to protect.

[246] This makes it crucial to observe that if the mother is extradited, the s. 285 defence that it was

moyens de défense d'ordre procédural ou fondés sur la *Charte*, et non sur des moyens de défense établis par la loi, comme l'art. 285, qui se rapportent directement à la criminalité, c'est-à-dire à la nature criminelle de la conduite reprochée. Comme l'a fait observer l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, le type de moyens de défense disculpatoires soumis à la Cour en l'espèce soulève *bel et bien* la question de la criminalité. Suivant l'art. 285, nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction prévue aux art. 280 à 283 si l'enlèvement reproché était nécessaire pour protéger la jeune personne en question d'un danger imminent. Contrairement aux moyens de défense d'ordre procédural ou fondés sur la *Charte* dont il est question dans les arrêts *Schmidt, Mellino* et *Allard*, l'art. 285 constitue un moyen de défense légal qui délimite la conduite criminelle. À mon avis, le juge d'extradition doit donc, avant d'ordonner l'incarcération, en tenir compte pour déterminer si l'exigence relative à la double incrimination est respectée.

[245] De plus, dans la mesure où les arrêts *Schmidt, Mellino* et *Allard* peuvent donner à penser que le juge d'extradition ne devrait pas prendre en considération quelque moyen de défense que ce soit lorsqu'il décide s'il y a lieu ou non d'ordonner l'incarcération d'une personne, ceux-ci ont été supplantés par la jurisprudence subséquente de la Cour dans le contexte de l'extradition et de la *Charte*. Il n'est pas contesté que l'audience d'extradition vise à déterminer si le volet interne de la double incrimination est respecté (*Németh c. Canada (Justice)*, [2010] 3 R.C.S. 281, par. 63; *Fischbacher*, par. 35). Comme l'indique l'al. 3(1)(b) de la *Loi sur l'extradition*, il faut notamment pouvoir conclure que « l'ensemble de ses actes aurait constitué, s'ils avaient été commis au Canada, une infraction sanctionnée aux termes du droit canadien ». Empêcher le juge d'extradition de tenir compte de l'art. 285 pourrait donner lieu à une ordonnance d'incarcération dans des circonstances où l'exigence relative à la double incrimination n'est pas respectée et compromettre ainsi la liberté de l'intéressé, un droit vital que notre processus d'extradition vise notamment à protéger.

[246] Il est donc crucial de souligner qu'en cas d'extradition, la défense prévue à l'art. 285 selon

necessary to rescue the children to protect them is not available in the state of Georgia. While this fact does not alter the analysis of whether the domestic component of double criminality is met, it is relevant to the philosophy behind the earlier cases from this Court deferring consideration of defences to the trial in the requesting state. Where, as here, a defence like the one in s. 285 *cannot* be raised in the requesting state, the ratio of those cases disintegrates.

[247] Whether common law defences generally should be considered as part of the double criminality inquiry is not before this Court and is best left for determination in a case where the issue is squarely raised. In any event, in this case there is a statutory defence which is clearly available on the facts and would lead a reasonable and properly instructed jury not to return a verdict of guilty on charges under ss. 280(1) and 282(1). Committal, as the extradition judge concluded, is therefore not justified.

[248] Where committal is not justified, the extradition judge must order the person's discharge and the matter does not go to the Minister to decide whether or not to order surrender: see *Extradition Act*, s. 29(3). While it is therefore not strictly necessary to deal with the surrender order, in my view, the approach the Minister used raises concerns not only about how to approach the best interests of children, but also on the interplay between those interests and the nature of the crime the mother was charged with — a crime which, in Canada, attracts a singular statutory defence. His decision to order surrender was, as a result, unreasonable.

[249] The surrender stage of the extradition process is an executive function requiring the Minister to review the case *in its entirety* to determine

laquelle il était nécessaire de sauver les enfants pour les protéger ne peut être invoquée dans l'État de la Géorgie. Bien que ce fait ne change rien à l'analyse de la question de savoir si le volet interne de la double incrimination est respecté, il est pertinent en ce qui concerne la philosophie sur laquelle reposent nos arrêts antérieurs reportant l'examen des moyens de défense au procès dans l'État requérant. Lorsque, comme en l'espèce, une défense comme celle prévue à l'art. 285 *ne peut pas* être soulevée dans l'État requérant, le raisonnement élaboré dans ces arrêts se désagrège.

[247] La Cour n'est pas appelée à déterminer si les moyens de défense de common law devraient généralement être examinés dans le cadre de l'analyse relative à la double incrimination, et il est préférable que cette question soit tranchée dans une affaire où elle sera soulevée directement. De toute façon, il existe en l'espèce un moyen de défense prévu par la loi que les faits permettent clairement d'invoquer et qui amènerait un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, à ne pas rendre un verdict de culpabilité relativement à des accusations portées en vertu des par. 280(1) et 282(1). Comme a conclu la juge d'extradition, l'incarcération n'est donc pas justifiée.

[248] Lorsque l'incarcération n'est pas justifiée, le juge d'extradition doit ordonner la libération de l'intéressé, et l'affaire n'est pas renvoyée au ministre pour qu'il décide s'il y a lieu ou non d'ordonner l'extradition (voir *Loi sur l'extradition*, par. 29(3)). Bien qu'il ne soit donc pas strictement nécessaire d'examiner l'arrêt d'extradition, je suis d'avis que l'approche choisie par le ministre soulève des préoccupations non seulement en ce qui concerne la manière d'aborder la question de l'intérêt supérieur des enfants, mais aussi en ce qui a trait à l'interaction entre cet intérêt et la nature du crime dont la mère a été accusée — un crime pour lequel le législateur canadien a établi un moyen de défense unique. Sa décision d'ordonner l'extradition était donc déraisonnable.

[249] L'étape de l'arrêt d'extradition dans la procédure d'extradition est une fonction qui relève de l'exécutif et qui requiert du ministre qu'il révise

whether or not to order the individual's surrender and, if so, on what basis: *Fischbacher*, at para. 36. The Minister's general powers on the question of surrender are set out in s. 40(1) of the *Extradition Act*:

40. (1) The Minister *may*, within a period of 90 days after the date of a person's committal to await surrender, personally order that the person be surrendered to the extradition partner.

[250] Despite s. 40(1), the Minister's surrender powers are not entirely discretionary: *Sriskandarajah v. United States of America*, [2012] 3 S.C.R. 609, at para. 12. As this Court explained in *Németh*, the discretion whether to order or to refuse surrender "is structured and, in some circumstances, constrained" by the *Extradition Act*, the applicable treaty and the *Charter*: para. 65. The Court also held that the Minister's surrender powers under the *Extradition Act* "should be interpreted and applied . . . in light of Canada's international undertakings": para. 54.

[251] The Minister acts as a safety valve to preclude extradition even where the formal legal requirements for committal appear to have been met. As the *Extradition Act* makes clear, the Minister's role includes the protection of the liberty and human rights of the person sought for extradition, which explains why the Minister "must comply with the *Charter* on all matters incidental to surrendering a fugitive": *United States of America v. Kwok*, [2001] 1 S.C.R. 532, at para. 5; see also *Németh*, at para. 70.

[252] Parliamentary debates leading to the passage of the revised *Extradition Act* in 1999 further indicate that limitations on the Minister's power to surrender include "humanitarian considerations", and that these limitations "provide an important safeguard for the person sought": Peter Adams, Parliamentary Secretary to Leader of the Government in the House of Commons, *House of Commons Debates*, vol. 135, No. 162, 1st Sess., 36th Parl., November 30, 1998, at p. 10591. The then-Minister of

le dossier *en entier* pour décider s'il ordonnera ou non l'extradition de l'intéressé et, dans l'affirmative, sur quelles bases il le fera (*Fischbacher*, par. 36). Les pouvoirs généraux du ministre sur la question de l'extradition sont énoncés au par. 40(1) de la *Loi sur l'extradition* :

40. (1) Dans les quatre-vingt-dix jours qui suivent l'ordonnance d'incarcération, le ministre *peut*, par un arrêté signé de sa main, ordonner l'extradition vers le partenaire.

[250] Malgré le par. 40(1), les pouvoirs d'extradition du ministre ne sont pas entièrement discrétionnaires (*Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, [2012] 3 R.C.S. 609, par. 12). Comme la Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Németh*, la *Loi sur l'extradition*, le traité applicable et la *Charte* « encadrent » le pouvoir discrétionnaire d'ordonner ou de refuser l'extradition « et, parfois, le limitent » (par. 65). La Cour a aussi jugé qu'il « convient d'interpréter et d'appliquer » les pouvoirs de remise exercés par le ministre en vertu de la *Loi sur l'extradition* « compte tenu [. . .] des engagements internationaux du Canada » (par. 54).

[251] Le ministre sert de soupape de sûreté et peut empêcher l'extradition même lorsque les exigences juridiques formelles applicables à l'incarcération semblent être remplies. Comme l'indique clairement la *Loi sur l'extradition*, le rôle du ministre consiste notamment à protéger la liberté et les droits de la personne de l'intéressé, ce qui explique pourquoi le ministre « doit se conformer à la *Charte* pour tout aspect incident à cette étape de l'extradition » (*États-Unis d'Amérique c. Kwok*, [2001] 1 R.C.S. 532, par. 5; voir aussi *Németh*, par. 70).

[252] Les débats parlementaires ayant conduit à l'adoption de la version révisée de la *Loi sur l'extradition* en 1999 indiquent aussi que les restrictions assortissant le pouvoir du ministre d'ordonner l'extradition comprennent « des considérations humanitaires », et « tendent à protéger la personne visée » (Peter Adams, secrétaire parlementaire du leader du gouvernement à la Chambre des communes, *Débats de la Chambre des communes*, vol. 135, n° 162, 1^{re} sess., 36^e lég., 30 novembre 1998, p. 10591). La

Justice, Anne McLellan, confirmed that the revised *Extradition Act* “sets out clearly, for the first time, a minister’s responsibilities and duties to ensure that the human rights and fair treatment of the fugitive will be safeguarded”: House of Commons Standing Committee on Justice and Human Rights, *Evidence*, No. 096, 1st Sess., 36th Parl., November 4, 1998 (online), at 16:40. This parliamentary intent was also confirmed by the Minister’s Parliamentary Secretary, Eleni Bakopanos, who said that “the safeguards referred to in the [revised *Extradition Act*] are provided in addition to any protection under the Canadian Charter of Rights and Freedoms which the person sought may have”: *House of Commons Debates*, vol. 135, No. 135, 1st Sess., 36th Parl., October 8, 1998, at p. 9006.

[253] Section 44(1) of the *Extradition Act* sets out the grounds on which the Minister *must* refuse to order surrender, including if it would be “unjust or oppressive having regard to all the relevant circumstances”. In *Németh*, this Court noted that Parliament’s use of the mandatory language contained in s. 44 leaves the Minister “no discretion” to depart from the grounds articulated in that provision, even to give effect to a treaty obligation: para. 69. In addition to the grounds set out in s. 44(1) of the *Extradition Act*, the Minister must also refuse to order surrender where doing so would “shock the conscience” of Canadians and thereby violate s. 7 of the *Charter*: *Caplin v. Canada (Justice)*, [2015] 2 S.C.R. 568, at para. 1.

[254] Despite the inevitable overlap between the inquiries under s. 44(1) of the *Extradition Act* and s. 7 of the *Charter*, their distinct and independent significance must be emphasized: *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, [2008] 1 S.C.R. 761, at para. 24. Notably, while s. 44(1) is not limited to conduct that would constitute a breach of the *Charter*, it is nonetheless the case that where surrender would be contrary to the principles of fundamental justice, it will also be unjust and oppressive within

ministère de la Justice de l’époque, Anne McLellan, a confirmé que la version révisée de la *Loi sur l’extradition* « précise [. . .], pour la première fois, les responsabilités et devoirs ministériels pour veiller à ce que soient sauvegardés [. . .] les droits de la personne, et que le fugitif [. . .] bénéficie d’un traitement juste » (Chambre des communes, Comité permanent de la justice et des droits de la personne, *Témoignages*, n° 096, 1^{re} sess., 36^e lég., 4 novembre 1998 (en ligne), 16:40). Cette intention du législateur a également été confirmée par la secrétaire parlementaire de la ministre, Eleni Bakopanos, qui a dit que « les protections contenues dans la [version révisée de la *Loi sur l’extradition*] s’ajoutent à celles qui résultent de l’application de la Charte des droits et libertés » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 135, n° 135, 1^{re} sess., 36^e lég., 8 octobre 1998, p. 9006).

[253] Le paragraphe 44(1) de la *Loi sur l’extradition* énonce les motifs qui *obligent* le ministre à refuser l’extradition, notamment lorsque celle-ci serait « injuste ou tyrannique compte tenu de toutes les circonstances ». Dans l’arrêt *Németh*, la Cour a souligné que les termes impératifs utilisés par le législateur à l’art. 44 ne laissent au ministre « aucun pouvoir discrétionnaire » lui permettant de déroger aux motifs énumérés dans cette disposition, même pour donner effet à une obligation issue d’un traité (par. 69). Outre les motifs énoncés au par. 44(1) de la *Loi sur l’extradition*, le ministre doit également refuser d’ordonner l’extradition dans les cas où la mesure « choquerait la conscience » des Canadiens et contreviendrait ainsi à l’art. 7 de la *Charte* (*Caplin c. Canada (Justice)*, [2015] 2 R.C.S. 568, par. 1).

[254] Même si les analyses fondées sur le par. 44(1) de la *Loi sur l’extradition* et l’art. 7 de la *Charte* se recoupent inévitablement, il convient de souligner leur importance propre et distincte (*Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2008] 1 R.C.S. 761, par. 24). En particulier, bien que le par. 44(1) ne soit pas limité aux comportements enfreignant la *Charte*, il n’en reste pas moins qu’une extradition effectuée en contravention des principes de justice fondamentale sera également injuste ou tyrannique

the meaning of s. 44(1): *Németh*, at para. 71. Section 44(1), however, allows the Minister to refuse surrender even where no *Charter* breach is alleged or established: *Fischbacher*, at para. 39; *Németh*, at para. 71. The Minister retains a residual discretion under s. 44(1) to refuse surrender as being “unjust or oppressive” in view of the totality of the circumstances, including but not limited to circumstances which would render the surrender inconsistent with *Charter* principles: *Fischbacher*, at para. 39.

[255] The words “unjust” and “oppressive” are not defined in the *Extradition Act*, but take their meaning from the extradition context. Parliament has broadly worded s. 44(1) to require the Minister to “hav[e] regard to all the relevant circumstances”, favouring a broad interpretation of the provision. Moreover, as Cromwell J. made clear in *Németh*, at para. 71, s. 44(1)(a) extends to preclude surrender where extradition would not only breach the *Charter* rights of the person sought, but extends to other circumstances where surrender would not amount to a *Charter* breach: see also *Fischbacher*, at para. 39.

[256] In *United States of America v. Taylor* (2005), 216 B.C.A.C. 137, Finch C.J.B.C. explained that a surrender would be “unjust” if it “would be undeserved, unfounded, or disproportionate in all the circumstances”: para. 36. On the other hand, he defined the term “oppressive” to mean “that the decision to surrender was made in disregard of the merits of the case, was clearly unreasonable or that the Minister exercised his statutory power arbitrarily, or in a way that overwhelmed the applicant’s efforts to resist surrender”: para. 36. As he noted, “In applying these broad, indeed somewhat subjective, tests one must ask to whom the applicant’s surrender would appear to be unjust or oppressive, and why right thinking Canadians would consider it to be so”: para. 37.

au sens du par. 44(1) (*Németh*, par. 71). Le paragraphe 44(1) autorise toutefois le ministre à refuser l’extradition même lorsqu’aucune violation de la *Charte* n’est invoquée ou établie (*Fischbacher*, par. 39; *Németh*, par. 71). Le ministre conserve, en vertu du par. 44(1), un pouvoir discrétionnaire résiduel l’autorisant à refuser l’extradition au motif qu’elle serait « injuste ou tyrannique » compte tenu de l’ensemble des circonstances et notamment, mais non exclusivement, des circonstances qui la rendraient incompatible avec les principes de la *Charte* (*Fischbacher*, par. 39).

[255] Les mots « injuste » et « tyrannique » ne sont pas définis dans la *Loi sur l’extradition*, mais tirent leur sens du contexte de l’extradition. Le législateur a libellé le par. 44(1) en termes généraux de manière à exiger du ministre qu’il tienne « compte [...] de toutes les circonstances », ce qui milite en faveur d’une interprétation large de cette disposition. En outre, comme l’explique clairement le juge Cromwell dans l’arrêt *Németh*, par. 71, l’al. 44(1)(a) vise à empêcher l’extradition non seulement dans les cas où elle porterait atteinte aux droits que la *Charte* garantit à l’intéressé, mais aussi dans des circonstances où elle ne contreviendrait pas à la *Charte* (voir également *Fischbacher*, par. 39).

[256] Dans *United States of America c. Taylor* (2005), 216 B.C.A.C. 137, le juge en chef Finch a expliqué que l’extradition serait « injuste » lorsqu’elle constituerait une mesure [TRADUCTION] « injustifiée, non fondée ou excessive compte tenu de toutes les circonstances » (par. 36). Par ailleurs, il a défini le mot « tyrannique » comme signifiant « que la décision d’ordonner l’extradition a été rendue sans égard au fond de l’affaire, qu’elle est clairement déraisonnable, ou que le ministre a exercé le pouvoir que lui confère la loi de façon arbitraire ou de manière à anéantir les efforts déployés par le demandeur pour s’opposer à l’extradition » (par. 36). Comme il l’a fait remarquer, « [e]n appliquant ces critères larges, mais quelque peu subjectifs, il faut se demander pour qui l’extradition du demandeur semblerait injuste ou tyrannique, et pourquoi des Canadiens sensés considéreraient que c’est le cas » (par. 37).

[257] In deciding whether surrender would be unjust or oppressive, regard must therefore be had to “all the relevant circumstances”: *Extradition Act*, s. 44(1)(a). In *Fischbacher*, Charron J. explained that the “relevant circumstances” for determining whether surrender is unjust or oppressive will vary from case to case, and set out a list of non-exhaustive considerations which may factor into the analysis:

Reaching a conclusion on surrender requires the Minister to undertake a balancing of all the relevant circumstances, weighing factors that militate in favour of surrender against those that counsel against. The circumstances that will be “relevant” to a surrender decision will vary depending on the facts and context of each case. Some of these factors may include: any representations made by the person sought on the question of surrender in accordance with s. 43(1) of the Act, the conduct of the proceedings in the requesting country before and after the request for extradition, the potential punishment facing the individual if surrendered, humanitarian issues relating to the personal circumstances of the individual, the timeliness and manner of prosecuting the extradition proceedings in Canada, the need to respect the constitutional rights of the person sought and Canada’s international obligations under the *Treaty* and as a responsible member of the international community: see *Bonamie, Re*, 2001 ABCA 267, 293 A.R. 201, at para. 54, and *United States of America v. Cobb*, 2001 SCC 19, [2001] 1 S.C.R. 587, at para. 34. [para. 38]

[258] In *Fischbacher*, Charron J. further explained that, in exercising his discretion to order or refuse surrender, the Minister may also consider the law of the requesting state, including its attendant penalty and the possible consequences the person sought may face: para. 54. Reflecting the Minister’s duty to consider the totality of relevant circumstances, the Minister must also “compare the likely sentence that would be imposed in a foreign state with the likely sentence that would be imposed in Canada”: *R. v. Anderson*, [2014] 2 S.C.R. 167, at para. 27 (emphasis deleted). Other cases have suggested that the potential hardship to the person sought and the impact of surrender on his or her family may also factor into the analysis: see, e.g., *Taylor*, at para. 39; *Provost v. Canada (Procureur général)*, 2015 QCCA 1172, at para. 50 (CanLII); *Kunze v. Canada (Minister of Justice)* (2005), 209 B.C.A.C. 32; *Canada (Minister of*

[257] Pour décider si l’extradition serait injuste ou tyrannique, il faut donc tenir compte de « toutes les circonstances » (*Loi sur l’extradition*, al. 44(1) a)). Dans l’arrêt *Fischbacher*, la juge Charron a expliqué que les « circonstances pertinentes » pour établir si l’extradition est injuste ou tyrannique varieront d’une affaire à l’autre, et elle a dressé une liste non exhaustive des facteurs susceptibles de jouer un rôle dans l’analyse :

Pour prendre une décision sur la question de l’extradition, le ministre doit apprécier toutes les circonstances pertinentes, en mettant en balance les facteurs qui militent en faveur de l’extradition avec ceux qui y sont défavorables. Les circonstances pertinentes varieront en fonction des faits et du contexte de chaque affaire. Parmi ces facteurs, on retrouve notamment les observations présentées par l’intéressé sur son extradition conformément au par. 43(1) de la Loi, le déroulement de l’instance dans l’État requérant avant et après la demande d’extradition, la peine dont l’intéressé est passible s’il est extradé, les questions d’ordre humanitaire liées à la situation personnelle de l’intéressé, le moment et les modalités de la présentation de la demande d’extradition au Canada, la nécessité de respecter les droits constitutionnels de l’intéressé et les obligations internationales du Canada en vertu du *Traité* et à titre de membre responsable de la communauté internationale : voir *Bonamie, Re*, 2001 ABCA 267, 293 A.R. 201, par. 54, et *États-Unis d’Amérique c. Cobb*, 2001 CSC 19, [2001] 1 R.C.S. 587, par. 34. [par. 38]

[258] Dans l’arrêt *Fischbacher*, la juge Charron a en outre précisé que, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire d’ordonner ou de refuser l’extradition, le ministre pouvait également prendre en compte le droit de l’État requérant, y compris la peine applicable et les conséquences que pourrait subir l’intéressé (par. 54). Conformément à son obligation de tenir compte de l’ensemble des circonstances, le ministre doit aussi « comparer la peine qui serait vraisemblablement infligée dans un autre pays et la peine qui serait vraisemblablement imposée au Canada » (*R. c. Anderson*, [2014] 2 R.C.S. 167, par. 27 (italiques omis)). Il ressort d’autres arrêts que les difficultés susceptibles d’être causées à l’intéressé ainsi que les répercussions de l’extradition sur sa famille peuvent également jouer un rôle dans l’analyse (voir, p. ex., *Taylor*, par. 39; *Provost c. Canada (Procureur général)*, 2015 QCCA 1172, par. 50 (CanLII); *Kunze*

Justice) v. Thomson, 2005 CanLII 5078 (Ont. C.A.); *Savu v. Canada (Ministre de la Justice)*, 2013 QCCA 554, at paras. 98-99 (CanLII).

[259] Consistent with s. 44(1)'s humanitarian purpose, the scope of the Minister's inquiry should not be unduly restricted, particularly where the weakness in the requesting state's case is evident and serious hardship would face the individual if surrendered: *United States of America v. Lucero-Echegoyen* (2013), 336 B.C.A.C. 188, at paras. 26 and 29; *Canada (Attorney General) v. Aziz* (2013), 342 B.C.A.C. 305, at para. 63; *United States of America v. Doak* (2015), 323 C.C.C. (3d) 219 (B.C.C.A.), at paras. 71-72. Animating the exercise of the Minister's discretion is a persistent concern that a person not be surrendered in circumstances that are unjust or oppressive.

[260] While it is not the role of the court judicially reviewing the Minister's surrender decision "to re-assess the relevant factors and substitute its own view", the decision "will not be rational or defensible if he has failed to carry out the proper analysis": *Lake*, at para. 41. Reviewing courts must accordingly determine whether the Minister considered the relevant facts and reached a defensible conclusion based on those facts: *Lake*, at para. 41; see also *Németh*, at para. 10. In other words, "[r]easonableness does not require blind submission to the Minister's assessment": *Lake*, at para. 41. In my view, the Minister's inadequate consideration of the children's best interests and his conclusions with respect to the availability of the s. 285 defence rendered his decision to order the mother's surrender unreasonable.

[261] In her submissions to the Minister, the mother noted that the children fled from their abusive father and would face serious risks of harm if they were returned to him. She highlighted the fact that the father left the children to take care of themselves most of the time and that he was physically and mentally abusive. Her submissions further made clear that this abuse was the precise reason the children ran away from the home, leading them to live in an abandoned

c. Canada (Minister of Justice) (2005), 209 B.C.A.C. 32; *Canada (Minister of Justice) c. Thomson*, 2005 CanLII 5078 (C.A. Ont.); *Savu c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2013 QCCA 554, par. 98-99 (CanLII)).

[259] Conformément à l'objectif humanitaire du par. 44(1), la portée de l'analyse du ministre ne devrait pas être indûment restreinte, en particulier lorsque les lacunes du dossier de l'État requérant sont évidentes et que l'intéressé pourrait subir de graves difficultés en cas d'extradition (*United States of America c. Lucero-Echegoyen* (2013), 336 B.C.A.C. 188, par. 26 et 29; *Canada (Attorney General) c. Aziz* (2013), 342 B.C.A.C. 305, par. 63; *United States of America c. Doak* (2015), 323 C.C.C. (3d) 219 (C.A.C.-B.), par. 71-72). Le ministre doit, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, être animé de la préoccupation constante de ne pas extraditer une personne dans des circonstances qui sont injustes ou tyranniques.

[260] Il n'appartient pas au tribunal de révision « de substituer sa propre appréciation des considérations pertinentes », mais, « [s]ans l'analyse voulue », la décision du ministre d'ordonner l'extradition « n'est ni rationnelle ni justifiable » (*Lake*, par. 41). Le tribunal de révision doit donc déterminer si le ministre a tenu compte des faits pertinents et tiré une conclusion susceptible de se justifier au regard de ces faits (*Lake*, par. 41; voir aussi *Németh*, par. 10). En d'autres termes, « [l]a norme de la raisonnable n'exige pas l'adhésion aveugle à l'appréciation ministérielle » (*Lake*, par. 41). À mon avis, comme le ministre n'a pas dûment pris en compte l'intérêt supérieur des enfants et eu égard à ses conclusions quant à la possibilité d'invoquer la défense prévue à l'art. 285, sa décision d'ordonner l'extradition de la mère était déraisonnable.

[261] Dans ses observations au ministre, la mère a souligné que les enfants s'étaient enfuis de chez leur père violent et qu'ils seraient exposés à des risques sérieux de préjudice s'ils devaient lui être remis. Elle a insisté sur le fait que le père laissait les enfants à eux-mêmes la plupart du temps et qu'il les maltraitait physiquement et psychologiquement. Les observations de la mère montrent en outre clairement que ces mauvais traitements constituent la

house for over a week before contacting the mother. According to the mother, if the children were forced back to the United States or separated from her, they would either suffer additional abuse, or face the absence of any parental figure.

[262] Although the Minister turned his mind to the mother's submissions on these issues, the formalistic manner in which they were analyzed does not reflect the kinds of considerations required in structuring the exercise of discretionary administrative action implicating the interests of children. To that effect, and while said in a different context, I agree with LeBel J.'s comment in *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, [2013] 2 S.C.R. 559, that those considerations include "such matters as children's rights, needs, and best interests" as well as "maintaining connections between family members": para. 41. This is particularly true in light of the "[r]ecognition of the *inherent* vulnerability of children [which] has consistent and deep roots in Canadian law": *A.B. v. Bragg Communications Inc.*, [2012] 2 S.C.R. 567, at para. 17 (emphasis in original). As L'Heureux-Dubé J. foundationally observed in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, the Minister should have "consider[ed] [the] children's best interests as an important factor, give[n] them substantial weight, and [been] alert, alive and sensitive to them": para. 75.

[263] Yet because the Minister found that the children's interests were unclear to him, he was unsure of how to address them. He therefore decided that the Director of Youth Protection would determine what was in their best interests *after* the mother's extradition and, if necessary, place them in foster care.

[264] The Minister's uncertainty as to the children's best interests ought to have led him to err on the side of the children's right to be with a loving

raison précise de la fuite des enfants, situation qui les a amenés à vivre dans une maison abandonnée pendant plus d'une semaine avant de communiquer avec leur mère. Selon elle, s'ils étaient forcés de retourner aux États-Unis ou étaient séparés d'elle, ses enfants seraient soit victimes d'autres mauvais traitements, soit privés de toute figure parentale.

[262] Le ministre a examiné les observations de la mère sur ces questions, mais la manière formaliste dont elles ont été analysées ne reflète pas le type de considérations nécessaires pour structurer l'exercice de mesures administratives discrétionnaires mettant en cause l'intérêt d'enfants. À cet égard, et bien que cela ait été dit dans un contexte différent, je souscris au commentaire formulé par le juge LeBel dans l'arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, [2013] 2 R.C.S. 559, selon lequel ces considérations s'entendent notamment « des droits, des besoins et des intérêts supérieurs des enfants » ainsi que « du maintien des liens entre les membres d'une famille » (par. 41). Cela est particulièrement vrai à la lumière de « [l]a reconnaissance du principe de la vulnérabilité *inhérente* des enfants [qui] demeure profondément enracinée en droit canadien » (*A.B. c. Bragg Communications Inc.*, [2012] 2 R.C.S. 567, par. 17 (en italique dans l'original)). Dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, la juge L'Heureux-Dubé a fait une observation fondamentale selon laquelle le ministre aurait dû « considérer l'intérêt supérieur des enfants comme un facteur important, lui accorder un poids considérable, et être réceptif, attentif et sensible à cet intérêt » (par. 75).

[263] Cependant, comme l'intérêt des enfants ne lui paraissait pas évident en l'espèce, le ministre n'était pas certain de la manière dont il devait aborder cette question. Il a donc décidé que le directeur de la protection de la jeunesse déterminerait ce qui serait dans l'intérêt supérieur des enfants *après* l'extradition de la mère et qu'au besoin, celui-ci les placerait en famille d'accueil.

[264] L'incertitude du ministre au sujet de l'intérêt supérieur des enfants aurait dû l'amener à se ranger du côté du droit des enfants d'être avec un parent

parent, not on the side of surrendering the mother to face a criminal process where a key defence was unavailable. What is “best” for a child is not always identifiable with crystalline clarity, but what is harmful often is: Joseph Goldstein, Anna Freud and Albert J. Solnit, *Beyond the Best Interests of the Child* (new ed. 1979). In light of all the instability and trauma the children had experienced, it is obvious that what would be least harmful for them would be to remain in Canada with their mother.

[265] What the Minister considered instead was the mother’s history of drug and alcohol use, leading to her loss of custody and access. This history should not be denied, but neither is it of any particular relevance in considering what she did in responding to what was obviously the children’s desperate request or what her current relationship to the children was. The question is not whether she was an ideal parent, but whether her conduct in coming to her children’s rescue should deprive them of her care and deprive her of her liberty for up to 15 years.

[266] It is true, as the Minister noted, that individuals cannot avoid criminal liability simply because it may have negative consequences on their children. But the very charges the mother faces arose because she acted in what she saw as her children’s best interests. The evidence before the Minister unequivocally showed that the children fled from their father’s home because he was physically and mentally abusive. That is why, after years of enduring this abuse, they eventually contacted their mother for assistance. She did not remove them from his home. In fact, the evidence accepted throughout these proceedings is that the children ran away on their own without either the assistance or knowledge of the mother.

aimant, et non du côté de l’extradition de la mère pour qu’elle réponde de ses actes dans un processus pénal où un moyen de défense clé ne peut être invoqué. Il n’est pas toujours possible de circonscrire avec une certitude absolue ce qui est dans « l’intérêt supérieur » d’un enfant, mais ce qui lui est préjudiciable peut souvent l’être (Joseph Goldstein, Anna Freud et Albert J. Solnit, *Beyond the Best Interests of the Child* (nouv. éd. 1979)). Compte tenu de toute l’instabilité et de tous les traumatismes qu’ont connus les enfants, il est évident que la situation qui leur serait le moins préjudiciable serait de demeurer au Canada avec leur mère.

[265] Le ministre a plutôt tenu compte des antécédents de la mère en matière de consommation de drogues et d’alcool, lesquels lui ont fait perdre ses droits de garde et d’accès. Ces antécédents ne sauraient évidemment être niés, mais on ne peut pas non plus dire qu’ils sont particulièrement pertinents dans l’examen de ce qu’a fait la mère pour répondre à ce qui constituait manifestement une demande désespérée des enfants, ou des liens qu’elle entretient avec les enfants. La question n’est pas de savoir si elle est un parent idéal, mais plutôt si ce qu’elle a fait pour secourir ses enfants devrait les priver de ses soins et la priver, elle, de sa liberté pendant une période pouvant aller jusqu’à 15 ans.

[266] Comme l’a fait remarquer le ministre, il est vrai qu’une personne ne peut échapper à la responsabilité criminelle simplement parce qu’il peut en résulter des conséquences défavorables sur ses enfants. Toutefois, les accusations mêmes auxquelles doit répondre la mère découlent du fait qu’elle a agi dans ce qu’elle croyait être l’intérêt supérieur de ses enfants. La preuve dont disposait le ministre démontrait sans équivoque que les enfants s’étaient enfuis de chez leur père parce que celui-ci les maltraitait physiquement et psychologiquement. C’est pourquoi, après avoir enduré cette situation pendant des années, ils ont finalement communiqué avec leur mère pour lui demander de l’aide. Elle ne les a pas retirés du domicile de leur père. En fait, il ressort de la preuve qui a été acceptée tout au long des présentes procédures que les enfants se sont enfuis d’eux-mêmes sans l’aide de la mère et à son insu.

[267] The Minister appears to skate over both the harm to which the children were subject while living with the father and the fact that the mother's apprehension of the children was clearly motivated by her desire to rescue them from harm. As such, he essentially penalized the children for escaping a situation of harm and reaching out to their mother for assistance. Yet it is difficult to see what choices they — or she — realistically had. He also penalized the mother for coming to the assistance of her children instead of ignoring their entreaties. This amounts to penalizing her for accepting her responsibility to protect the children from harm.

[268] There was extensive evidence in the committal proceedings about the children's strong relationship with their mother, including evidence that the mother "has always taken good care" of them. This can also be inferred from the fact that the children contacted her to rescue them from harm. In this case, to offer a measure of stability after suffering years of harm, where the very offence involves rescuing the children from a violent father, the children should be permitted to remain in the care of the mother who put herself in legal jeopardy to protect them, instead of relegated to foster care.

[269] At the end of the day, there is little demonstrable harm to the integrity of our extradition process in finding it to be unjust or oppressive to extradite the mother of young children she rescued, at their request, from their abusive father. The harm, on the other hand, of depriving the children of their mother in these circumstances is profound and, with respect, demonstrably unfair.

[270] Between returning to the abusive household, remaining in an abandoned home, or reuniting with their mother, the children clearly felt they had no alternative. Rightly or wrongly, the children evidently believed that taking such measures would be less harmful to their well-being than remaining in their father's abusive household. Should they

[267] Le ministre semble s'être peu attardé au mal que subissaient les enfants lorsqu'ils vivaient chez leur père ainsi qu'au fait que leur mère était clairement mue par le désir de les sauver d'un danger en les prenant avec elle. Ce faisant, il punit essentiellement les enfants d'avoir échappé à une situation de danger et d'avoir demandé à leur mère de les aider. Pourtant, il est difficile de voir quelles solutions les enfants — ou la mère — avaient en réalité. Il punit également la mère pour être venue en aide à ses enfants, au lieu de rester sourde à leurs supplications. Cela équivaut à la pénaliser pour avoir assumé la responsabilité qui lui incombait de protéger ses enfants du danger.

[268] Lors de la procédure d'incarcération, une preuve abondante a été présentée pour démontrer les liens solides unissant les enfants à leur mère, notamment des éléments indiquant que la mère [TRADUCTION] « a toujours bien pris soin » d'eux. Cela peut également s'inférer du fait que les enfants ont communiqué avec elle pour qu'elle vienne à leur secours. En l'espèce, afin d'offrir aux enfants une certaine stabilité après des années de souffrance, dans un cas où l'infraction même qui est reprochée est le fait de les soustraire à un père violent, il faudrait permettre aux enfants de continuer de vivre avec leur mère qui a pris un risque sur le plan juridique pour les protéger, au lieu de les envoyer en famille d'accueil.

[269] En dernière analyse, le préjudice que causerait à l'intégrité de notre processus d'extradition le fait de conclure qu'il serait injuste ou tyrannique d'extrader une mère qui, à la demande de ses jeunes enfants, a soustrait ceux-ci à leur père violent est peu visible. Par ailleurs, le préjudice que subiraient les enfants privés de leur mère en pareilles circonstances est profond et, soit dit en toute déférence, manifestement inéquitable.

[270] Pris entre la perspective de retourner dans un foyer violent, de demeurer dans une maison abandonnée ou d'être réunis avec leur mère, les enfants ont clairement considéré qu'ils n'avaient pas vraiment le choix d'agir comme ils l'ont fait. À tort ou à raison, ils ont de toute évidence estimé que les mesures qu'ils prenaient seraient moins dommageables

have done so? We can hardly judge them for taking desperate measures to escape intolerable conditions placing them in harm's way. Should the mother have responded and assisted them? It is hardly realistic to expect a parent to do otherwise.

[271] The Minister was obliged to take into serious consideration why the children contacted their mother for assistance. They had suffered harm. They had no place to go. Reaching out to their mother was the only realistic alternative for them. And responding to their pleas for safety was the only realistic alternative for the mother.

[272] None of this appears to have been acknowledged in the Minister's decision, which lacks any of the compassionate considerations which are such a significant part of the Minister's responsibilities at the surrender stage.

[273] Moreover, the Minister failed to address the uncertainty of the father's whereabouts, his almost complete lack of interest in these proceedings and his indifference with respect to the interests of his children. Between the period of December 29, 2010 and May 26, 2011, for example, a social worker made 15 attempts to reach the father, leaving various messages on his answering machine. The social worker reported that the father only called back once to inquire into the judicial proceedings against the mother, and his phone number was subsequently disconnected. She further stated that the father never expressed the wish to have the children return to his home.

[274] If extradited, the mother could face up to 15 years imprisonment if convicted of the interference with custody charges. The result of her having responded to the children's pleas for assistance would, if she were sent to the United States, risk depriving the children not only of their mother who took them out of harm's way, but of *any* parent throughout their remaining childhood. Yet, the

pour leur bien-être que le fait de continuer d'habiter chez leur père violent. Devaient-ils agir de la sorte? Il est difficile de leur reprocher d'avoir pris des mesures désespérées dans le but d'échapper à une situation intolérable les exposant au danger. Peut-on reprocher à la mère d'avoir répondu à leur appel et de leur avoir porté assistance? Il n'est guère réaliste de s'attendre à ce qu'un parent agisse autrement.

[271] Le ministre était tenu de prendre sérieusement en considération la raison pour laquelle les enfants avaient communiqué avec leur mère pour obtenir son aide. Ils avaient été maltraités. Ils n'avaient nulle part où aller. Prendre contact avec leur mère était la seule solution réaliste à leurs yeux. De même, répondre à leurs demandes de protection constituait la seule solution réaliste pour la mère.

[272] Rien de tout cela ne semble avoir été reconnu dans la décision du ministre, laquelle fait abstraction de toutes les considérations humanitaires si importantes dans les responsabilités du ministre à l'étape de l'extradition.

[273] En outre, le ministre n'a pas traité de la question de l'incertitude concernant l'endroit où se trouvait le père, du fait qu'il ne s'est pratiquement pas intéressé au présent débat judiciaire et de son indifférence en ce qui a trait à l'intérêt de ses enfants. Du 29 décembre 2010 au 26 mai 2011, par exemple, une travailleuse sociale a tenté à 15 reprises de joindre le père, lui laissant divers messages sur son répondeur. Celle-ci a déclaré qu'il n'avait rappelé qu'une seule fois pour se renseigner au sujet de la poursuite judiciaire contre la mère et que son numéro de téléphone avait par la suite été mis hors service. Elle a ajouté que le père n'avait jamais exprimé le désir de voir ses enfants revenir chez lui.

[274] En cas d'extradition de la mère, celle-ci est passible d'une peine pouvant aller jusqu'à 15 ans d'emprisonnement si elle est déclarée coupable des accusations de violation d'une ordonnance de garde. En conséquence, le fait qu'elle ait répondu aux appels à l'aide de ses enfants risque, si elle est renvoyée aux États-Unis, de priver ceux-ci non seulement de leur mère, qui les a éloignés du danger, mais de *tout*

Minister makes no reference to the impact of the surrender on the importance of maintaining family unity. And his observation that the availability of foster care adequately compensates for the mother's potential imprisonment in Georgia represents, with respect, an inexplicable rejection of the cornerstone of this country's child welfare philosophy, namely, to attempt whenever reasonably possible to keep children and parents together.

[275] No less problematic, in my view, is how the Minister dealt with the mother's s. 285 defence and the unavailability of an analogous defence in Georgia. The Minister acknowledged both that s. 285 would be available to the mother on these facts if she were facing prosecution in Canada, and that there was no s. 285-like defence in Georgia. Citing *Schmidt, Mellino* and other case law, the Minister concluded that Canadian courts have held that defences should be left for consideration by the requesting state's trial court. According to the Minister, the unavailability of an analogous defence to s. 285 did not mean that the mother would receive an unfair trial; on the contrary, in his view, she would have the opportunity to challenge the prosecution's case and present available defences and evidence.

[276] With respect, the Minister's position seems to me to be inherently contradictory. Asserting that defences should be raised in the requesting state, but at the same time acknowledging that no defence analogous to s. 285 is available to the mother in Georgia, led the Minister to unduly narrow his discretion. Section 44(1)(a) requires him to consider *all* the relevant circumstances in deciding whether surrender would be unjust or oppressive. Even if one were to accept that the requirements for double criminality have been met, this does not relieve the Minister from his responsibility to consider that a statutory defence that goes to the very heart of the offence is available in Canada and not in Georgia.

parent, et ce, pour le reste de leur enfance. Pourtant, le ministre ne mentionne aucunement l'incidence de l'extradition sur l'importance de maintenir l'unité familiale. De plus, son observation selon laquelle la possibilité de placer les enfants en famille d'accueil contrebalance de manière adéquate l'éventualité d'un emprisonnement de la mère en Géorgie représente, soit dit en tout respect, un rejet inexplicable de la pierre angulaire de la philosophie de notre pays relativement à la protection de l'enfance, à savoir d'essayer, lorsque cela est raisonnablement possible, de ne pas séparer les enfants et les parents.

[275] À mon avis, un autre élément tout aussi problématique est la façon dont le ministre a traité la défense invoquée par la mère en application de l'art. 285, ainsi que l'absence d'une défense analogue en Géorgie. Le ministre a reconnu qu'au vu des faits, la mère pourrait invoquer la défense visée à l'art. 285 si elle était poursuivie au Canada et qu'il n'existait pas de moyen de défense semblable en Géorgie. Citant *Schmidt, Mellino* et d'autres précédents, il a conclu que les tribunaux canadiens avaient jugé que les moyens de défense devaient être laissés à l'appréciation du tribunal de première instance de l'État requérant. Selon le ministre, le fait que la mère ne puisse faire valoir une défense analogue à celle prévue à l'art. 285 ne signifiait pas qu'elle subirait un procès inéquitable; au contraire, elle aurait, selon lui, la possibilité de contester la preuve de la poursuite et de présenter sa preuve et les moyens de défense à sa disposition.

[276] Avec égards, la position du ministre me semble intrinsèquement contradictoire. Affirmer que les moyens de défense devraient être soulevés dans l'État requérant tout en reconnaissant en même temps qu'aucune défense analogue à celle prévue à l'art. 285 ne peut être invoquée par la mère en Géorgie a amené le ministre à restreindre indûment son pouvoir discrétionnaire. L'alinéa 44(1)a) l'oblige à tenir compte de *toutes* les circonstances lorsqu'il décide si l'extradition serait injuste ou tyrannique. Même si l'on reconnaît que les exigences relatives à la double incrimination sont respectées, cela ne dispense pas le ministre de la responsabilité de prendre en compte le fait qu'il est possible au Canada, mais

In my view, such a consideration falls squarely within the Minister's statutory safety valve function at the surrender stage, and is therefore a necessary consideration when discretion is exercised under s. 44(1)(a).

[277] Limiting his assessment of the mother's trial in Georgia to whether it would be procedurally fair instead of whether it would be unjust or oppressive to extradite her, sidesteps the proper analysis. As the Criminal Lawyers' Association (Ontario) submits, the Minister cannot ignore substantive differences between the Canadian legal system and the foreign legal system simply because the foreign system is otherwise procedurally fair. It is true that the extradition process does not require that there be mirror conformity between the requesting state's criminal justice system and the system in place in Canada: *Kindler*, at p. 844. However, given the liberty interests at stake and the potential for criminal liability in circumstances that may not attract punishment in Canada, it is not enough to determine whether the trial in the requesting state will be *procedurally* fair.

[278] As Charron J. observed in *Fischbacher*, "the conduct of the proceedings in the requesting country before and after the request for extradition" may be a relevant factor in deciding whether to order surrender: para. 38. The presence of a statutory defence in Canada going directly to criminality where no analogous defence is recognized in the requesting state is, on its face, the very sort of factor that makes surrender unjust or oppressive. Surely, as our Court has held, if the Minister must compare the likely sentence that would be imposed in the requesting state with the likely sentence that would be imposed in Canada, he must also evaluate the likely defences that can and cannot be raised in both countries: *Anderson*, at para. 27. This does not require perfect symmetry between Canadian laws and the laws of the requesting state. As McLachlin J. observed in *Kindler*, the

non en Géorgie, d'invoquer un moyen de défense qui est prévu par la loi et qui touche à l'essence même de l'infraction. À mon avis, cette considération relève clairement du rôle de soupape de sûreté que la loi confère au ministre à l'étape de l'extradition, et il est donc nécessaire qu'il en tienne compte dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu à l'al. 44(1)a).

[277] En limitant son appréciation du procès que subirait la mère en Géorgie à la question de savoir si celui-ci serait équitable sur le plan procédural, plutôt qu'à celle de savoir si l'extradition serait injuste ou tyrannique, le ministre se trouve à éviter l'analyse appropriée. Comme le soutient la Criminal Lawyers' Association (Ontario), le ministre ne peut faire abstraction des différences importantes qui existent entre le système juridique canadien et le système juridique étranger du simple fait que ce dernier est par ailleurs équitable sur le plan procédural. Il est vrai que le processus d'extradition n'exige pas que le système de justice criminelle de l'État requérant corresponde en tout point à celui en place au Canada (*Kindler*, p. 844). Cependant, étant donné les droits à la liberté en cause et le risque de responsabilité criminelle dans des circonstances non susceptibles d'entraîner une peine au Canada, il n'est pas suffisant de déterminer si le procès dans l'État requérant sera équitable *sur le plan procédural*.

[278] Comme l'a souligné la juge Charron dans l'arrêt *Fischbacher*, « le déroulement de l'instance dans l'État requérant avant et après la demande d'extradition » peut constituer un facteur pertinent pour décider s'il y a lieu d'ordonner l'extradition (par. 38). L'existence au Canada d'un moyen de défense prévu par la loi qui se rapporte directement à la criminalité, alors qu'aucun moyen de défense analogue n'est reconnu dans l'État requérant, représente, à première vue, le type même de facteur propre à rendre l'extradition injuste ou tyrannique. Bien entendu, comme l'a souligné notre Cour, si le ministre a l'obligation de comparer la peine qui serait vraisemblablement infligée dans l'État requérant et la peine qui serait vraisemblablement imposée au Canada, il doit aussi évaluer les moyens de défense qui peuvent ou non vraisemblablement être soulevés

extradition process “must accommodate differences between our system of criminal justice and the systems in place in reciprocating states”: p. 844.

[279] That said, where a person sought for extradition faces a consequence he or she would not face in this country because a statutory defence is not recognized under the requesting state’s law, the basic demands of justice mandate consideration of the implications of this fact. Such an approach is consistent with this Court’s understanding of the important liberty interests at stake in the extradition process. Extradition constitutes a serious denial of liberty: *Ferras*, at para. 12. As a result, “extradition practices have been tailored as much as possible for the protection of the liberty of the individual”: *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, at p. 1490. Extradition to a country that does not recognize a defence analogous to s. 285 is therefore an important consideration in the extradition process.

[280] Moreover, as indicated in the portion of these reasons dealing with the committal order, to the extent cases like *Schmidt* and *Mellino* can be read to preclude consideration of defences in the extradition context, this case is clearly distinguishable because it involves a statutory defence which directly engages criminality, not a *Charter* or procedural defence. In addition, unlike *Schmidt* and *Mellino* where this Court suggested that the extradition judge has no jurisdiction to deal with defences that could be raised at trial, it is beyond dispute that the mother will not be able to raise a defence analogous to s. 285 before the trial court in Georgia. And finally, unlike *Schmidt* and *Mellino* which dealt with committal, this case is also an appeal from a surrender decision, where the scope of the Minister’s role as an important safety valve is far wider than that of the extradition judge, hence the words “unjust” and “oppressive” and “all the relevant circumstances”.

dans les deux pays (*Anderson*, par. 27). Il n’est pas nécessaire qu’il y ait symétrie parfaite entre les lois canadiennes et celles de l’État requérant. Comme l’a fait observer la juge McLachlin dans l’arrêt *Kindler*, le processus d’extradition « doit tenir compte des différences entre notre système de justice pénale et les systèmes en vigueur dans les autres États qui pratiquent la réciprocité » (p. 844-845).

[279] Cela dit, lorsque l’intéressé est exposé à des conséquences auxquelles il ne serait pas exposé dans notre pays au motif qu’une défense prévue par la loi ici n’est pas reconnue dans le droit de l’État requérant, les exigences fondamentales de la justice commandent l’examen des implications de ce fait. Cette approche est conforme à la façon dont la Cour interprète les importants droits à la liberté qui sont en jeu dans le processus d’extradition. L’extradition constitue une atteinte grave à la liberté (*Ferras*, par. 12). Par conséquent, « les pratiques d’extradition ont été façonnées autant que possible pour la protection de la liberté de l’individu » (*États-Unis d’Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, p. 1490). L’extradition vers un pays qui ne reconnaît pas une défense analogue à celle prévue à l’art. 285 constitue donc une considération importante dans le processus d’extradition.

[280] En outre, comme je l’indique dans la partie de mes motifs relative à l’ordonnance d’incarcération, dans la mesure où ils peuvent être interprétés de manière à exclure l’examen des moyens de défense dans le contexte de l’extradition, des arrêts tels *Schmidt* et *Mellino* se distinguent clairement d’avec la présente affaire, en ce que celle-ci concerne un moyen de défense prévu par la loi qui se rapporte directement à la criminalité, et non un moyen de défense d’ordre procédural ou fondé sur la *Charte*. De plus, contrairement aux arrêts *Schmidt* et *Mellino*, dans lesquels notre Cour a laissé entendre que le juge d’extradition n’avait pas compétence pour examiner des moyens de défense pouvant être soulevés au procès, il n’est pas contesté que la mère ne pourra pas soulever un moyen analogue à celui prévu à l’art. 285 devant le tribunal de première instance en Géorgie. Enfin, contrairement aux arrêts *Schmidt* et *Mellino*, qui portaient sur l’incarcération, le présent

This injustice to the mother is compounded by the serious consequences for the children if she is extradited.

[281] For all of these reasons, in my respectful view the Minister's decision to order the mother's surrender was unreasonable.

[282] I would accordingly allow the appeal with costs to the mother throughout and order her immediate discharge.

Appeal dismissed, ABELLA, KARAKATSANIS and CÔTÉ JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Grey Casgrain, Montréal; Clemente Monterosso, Montréal.

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

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): John Norris Barrister, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Hunter Litigation Chambers, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.

pourvoi concerne également une décision d'extradition, situation où le rôle que joue le ministre à titre d'importante soupape de sûreté a une portée beaucoup plus large que celui incombant au juge d'extradition — d'où l'utilisation des termes « injuste » et « tyrannique », ainsi que « toutes les circonstances ». À cette injustice envers la mère s'ajoutent les conséquences graves qu'aurait son extradition sur les enfants.

[281] Pour l'ensemble de ces motifs et, avec égards pour l'opinion contraire, la décision du ministre d'ordonner l'extradition de la mère était déraisonnable.

[282] En conséquence, j'accueillerais le pourvoi avec dépens en faveur de la mère devant toutes les cours, et j'ordonnerais sa libération immédiate.

Pourvoi rejeté, les juges ABELLA, KARAKATSANIS et CÔTÉ sont dissidentes.

Procureurs de l'appelante : Grey Casgrain, Montréal; Clemente Monterosso, Montréal.

Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Montréal.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : John Norris Barrister, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Hunter Litigation Chambers, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Harry McKenna *Respondent***INDEXED AS: R. v. McKENNA****2015 SCC 63**

File No.: 36506.

2015: December 11.

Present: Abella, Moldaver, Wagner, Gascon and Côté JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEW BRUNSWICK

Criminal law — Trial — Charge to jury — Accused convicted of second degree murder — Meaning of manslaughter not explained to jury — Court of Appeal finding errors in trial judge's instructions and ordering new trial — Court of Appeal correct in applying curative proviso — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (Deschênes, Bell and Quigg JJ.A.), 2015 NBCA 32, 436 N.B.R. (2d) 264, 324 C.C.C. (3d) 452, 1139 A.P.R. 264, [2015] N.B.J. No. 125 (QL), 2015 CarswellNB 233 (WL Can.), setting aside the accused's conviction for second degree murder and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Kathryn A. Gregory and Hilary J. A. Drain, Q.C., for the appellant.

Margaret Gallagher, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] ABELLA J. — We are all of the view that the appeal should be dismissed. The errors of law in connection with the failure to identify the unlawful act and to properly instruct the jury on the elements

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Harry McKenna *Intimé***RÉPERTORIÉ : R. c. McKENNA****2015 CSC 63**

N° du greffe : 36506.

2015 : 11 décembre.

Présents : Les juges Abella, Moldaver, Wagner, Gascon et Côté.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — Sens de l'expression homicide involontaire coupable non expliqué au jury — Arrêt de la Cour d'appel concluant à l'existence d'erreurs dans les directives de la juge de première instance et ordonnant un nouveau procès — Cour d'appel appliquant à juste titre la disposition réparatrice — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (les juges Deschênes, Bell et Quigg), 2015 NBCA 32, 436 R.N.-B. (2^e) 264, 324 C.C.C. (3d) 452, 1139 A.P.R. 264, [2015] A.N.-B. n° 125 (QL), 2015 CarswellNB 234 (WL Can.), qui a annulé la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcée contre l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Kathryn A. Gregory et Hilary J. A. Drain, c.r., pour l'appelante.

Margaret Gallagher, c.r., pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE ABELLA — Nous sommes tous d'avis de rejeter l'appel. Les erreurs de droit liées à l'omission d'identifier l'acte illégal et de donner des directives adéquates au jury sur les éléments

of manslaughter are such that the curative proviso is inapplicable.

[2] The appeal is therefore dismissed.

Judgment accordingly.

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

Solicitor for the respondent: New Brunswick Legal Aid Services Commission, Saint John.

constitutifs de l'homicide involontaire coupable sont telles que la disposition réparatrice est inapplicable.

[2] L'appel est en conséquence rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intimé : Commission des services d'aide juridique du Nouveau-Brunswick, Saint John.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Tommy Lacasse *Respondent*

and

Attorney General of Alberta *Intervener*

INDEXED AS: R. v. LACASSE

2015 SCC 64

File No.: 36001.

2015: May 15; 2015: December 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Sentencing — Appeals — Powers of Court of Appeal — Court of Appeal reducing sentence of imprisonment from six and a half to four years — Whether Court of Appeal erred in substituting sentence it considered appropriate for one imposed by trial judge, primarily on basis that trial judge had deviated from sentencing range established by courts for impaired driving offences — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 687.

Criminal law — Sentencing — Considerations — Impaired driving causing death — Whether it was open to trial judge to consider frequency of impaired driving in region where offence was committed as relevant sentencing factor — Whether length and other terms of driving prohibition imposed by trial judge were appropriate — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 259(2)(a.1), 718 to 718.2.

On June 17, 2011, at about 4:00 a.m., L lost control of his vehicle while entering a curve on a country road in the Beauce region. He was speeding, and his ability to drive was impaired by alcohol. Two passengers sitting in the back seat of the vehicle died instantly. Neither the vehicle's mechanical condition nor the weather contributed

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Tommy Lacasse *Intimé*

et

Procureur général de l'Alberta *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. LACASSE

2015 CSC 64

N° du greffe : 36001.

2015 : 15 mai; 2015 : 17 décembre.

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 — Détermination de la peine — Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Peine d'emprisonnement de six ans et demi réduite à quatre ans en appel — La Cour d'appel a-t-elle erré en substituant la peine qu'elle jugeait appropriée à celle infligée par le juge de première instance, principalement au motif que celui-ci se serait écarté de la fourchette de peines établie par les tribunaux en matière d'infractions de conduite avec les capacités affaiblies? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 687.

Droit criminel — Détermination de la peine — Facteurs devant être pris en considération — Conduite avec les capacités affaiblies ayant causé la mort — Le juge de première instance pouvait-il considérer la fréquence de la conduite avec les capacités affaiblies dans la région où l'infraction a été commise en tant que facteur pertinent dans la détermination de la peine? — La durée et les autres modalités de l'interdiction de conduire imposée par le juge de première instance étaient-elles appropriées? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 259(2)a.1), 718 à 718.2.

Le 17 juin 2011, vers 4 h du matin, L a perdu la maîtrise de son véhicule en amorçant un virage dans un rang de campagne en Beauce, alors qu'il roulait à une vitesse excessive et que ses capacités étaient affaiblies par l'alcool. Les deux passagères qui étaient assises sur la banquette arrière du véhicule sont décédées sur le coup. Ni

to the accident. L is entirely responsible for it, and he pleaded guilty to two counts of impaired driving causing death.

The trial judge sentenced L, on each count, to six years and six months' imprisonment; the two sentences were to be served concurrently. He also prohibited L from operating a vehicle for a period of 11 years starting from the sentencing date. The Court of Appeal replaced the sentence imposed by the trial judge with one of four years' imprisonment. It also reduced the length of the driving prohibition to four years commencing at the end of L's incarceration.

Held (McLachlin C.J. and Gascon J. dissenting): The appeal should be allowed and the sentence imposed by the trial judge restored except as regards the driving prohibition, which should be reduced to two years and four months commencing at the end of L's incarceration.

Per Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Côté JJ.: Sentencing remains one of the most delicate stages of the criminal justice process in Canada. Although this task is governed by ss. 718 et seq. of the *Criminal Code*, and although the objectives set out in those sections guide the courts and are clearly defined, it nonetheless involves, by definition, the exercise of a broad discretion by the courts in balancing all the relevant factors in order to meet the objectives being pursued in sentencing.

The Court has on many occasions noted the importance of giving wide latitude to sentencing judges. Since they have, *inter alia*, the advantage of having heard and seen the witnesses, sentencing judges are in the best position to determine, having regard to the circumstances, a just and appropriate sentence that is consistent with the objectives of the *Criminal Code*. Ultimately, except where a sentencing judge makes an error of law or an error in principle that has an impact on the sentence, an appellate court may not vary the sentence unless it is demonstrably unfit.

Proportionality is the cardinal principle that must guide appellate courts in considering the fitness of a sentence imposed on an offender. The more serious the crime and its consequences, or the greater the offender's degree of responsibility, the heavier the sentence will be. In other words, the severity of a sentence depends not only on the seriousness of the crime's consequences, but also on the moral blameworthiness of the offender. Determining a

l'état mécanique du véhicule ni les conditions météorologiques n'ont contribué à l'accident. L en est entièrement responsable et il a plaidé coupable à deux accusations de conduite avec les capacités affaiblies ayant causé la mort.

Le juge de première instance a condamné L à une peine de six ans et six mois d'emprisonnement pour chaque chef d'accusation, à purger concurremment. De plus, il a interdit à L de conduire un véhicule pendant une période de 11 ans à compter de la date du prononcé de la peine. La Cour d'appel a substitué à la peine infligée par le juge de première instance une peine de quatre ans d'emprisonnement. Elle a aussi réduit à quatre ans la période d'interdiction de conduire, période commençant à courir à compter de la fin de l'incarcération.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et le juge Gascon sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et la peine prononcée par le juge de première instance est rétablie, sauf en ce qui concerne l'interdiction de conduire, laquelle est réduite à une période de deux ans et quatre mois commençant au terme de l'incarcération.

Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Côté : La détermination de la peine demeure l'une des étapes les plus délicates du processus de justice pénale et criminelle au Canada. Même si cette tâche est régie par les art. 718 et suiv. du *Code criminel* et que les objectifs y mentionnés guident les tribunaux et sont bien définis, elle implique néanmoins, par définition, l'exercice par ceux-ci d'un large pouvoir discrétionnaire dans la mise en balance de tous les facteurs pertinents, afin de pouvoir satisfaire aux objectifs visés par le prononcé des peines.

La Cour a maintes fois rappelé l'importance d'accorder une grande latitude au juge qui prononce la peine. Comme celui-ci a notamment l'avantage d'entendre et de voir les témoins, il est le mieux placé pour déterminer, eu égard aux circonstances, la peine juste et appropriée conformément aux objectifs du *Code criminel*. Au final, sauf dans les cas où le juge qui fixe la peine a commis une erreur de droit ou une erreur de principe ayant une incidence sur la détermination de cette peine, une cour d'appel ne peut la modifier que si cette peine est manifestement non indiquée.

La proportionnalité demeure le principe cardinal qui doit guider l'examen par une cour d'appel de la justesse de la peine infligée à un délinquant. Plus le crime commis et ses conséquences sont graves, ou plus le degré de responsabilité du délinquant est élevé, plus la peine sera lourde. En d'autres mots, la sévérité de la peine ne dépend pas seulement de la gravité des conséquences du crime, mais également de la culpabilité morale du délinquant.

proportionate sentence is a delicate task. Both sentences that are too lenient and sentences that are too harsh can undermine public confidence in the administration of justice. Moreover, if appellate courts intervene without deference to vary sentences that they consider too lenient or too harsh, their interventions could undermine the credibility of the system and the authority of trial courts.

Although sentencing ranges are used mainly to ensure the parity of sentences, they reflect all the principles and objectives of sentencing. Sentencing ranges are nothing more than summaries of the minimum and maximum sentences imposed in the past, which serve in any given case as guides for the application of all the relevant principles and objectives. However, they should not be considered “averages”, let alone straitjackets, but should instead be seen as historical portraits for the use of sentencing judges, who must still exercise their discretion in each case.

There will always be situations that call for a sentence outside a particular range: although ensuring parity in sentencing is in itself a desirable objective, the fact that each crime is committed in unique circumstances by an offender with a unique profile cannot be disregarded. The determination of a just and appropriate sentence is a highly individualized exercise that goes beyond a purely mathematical calculation. It involves a variety of factors that are difficult to define with precision. This is why it may happen that a sentence that, on its face, falls outside a particular range, and that may never have been imposed in the past for a similar crime, is not demonstrably unfit. Everything depends on the gravity of the offence, the offender's degree of responsibility and the specific circumstances of each case. Thus, the fact that a judge deviates from a sentencing range established by the courts does not in itself justify appellate intervention.

In this sense, the Court of Appeal erred in this case in basing its intervention on the fact that the sentence fell outside the sentencing range established by the courts, while disregarding the criteria that are normally applied in the determination of a just and appropriate sentence. Any other conclusion would have the effect of authorizing appellate courts to create categories of offences with no real justification and accordingly intervene without deference to substitute a sentence on appeal. But the

Fixer une peine proportionnée est une tâche délicate. En effet, tant les peines trop clémentes que les peines trop sévères peuvent miner la confiance du public dans l'administration de la justice. Qui plus est, si les tribunaux d'appel interviennent sans retenue pour modifier des peines perçues comme trop clémentes ou trop sévères, leurs interventions risquent d'éroder la crédibilité du système et l'autorité des tribunaux de première instance.

Bien qu'elles soient utilisées principalement dans un but d'harmonisation, les fourchettes de peines reflètent l'ensemble des principes et des objectifs de la détermination de la peine. Les fourchettes de peines ne sont rien de plus que des condensés des peines minimales et maximales déjà infligées et qui, selon le cas de figure, servent de guides d'application de tous les principes et objectifs pertinents. Toutefois, ces fourchettes ne devraient pas être considérées comme des « moyennes », encore moins comme des carcans, mais plutôt comme des portraits historiques à l'usage des juges chargés de déterminer les peines. Ces derniers demeurent tenus d'exercer leur pouvoir discrétionnaire dans chaque espèce.

Il se présentera toujours des situations qui requerront l'infliction d'une peine à l'extérieur d'une fourchette particulière, car si l'harmonisation des peines est en soi un objectif souhaitable, on ne peut faire abstraction du fait que chaque crime est commis dans des circonstances uniques, par un délinquant au profil unique. La détermination d'une peine juste et appropriée est une opération éminemment individualisée qui ne se limite pas à un calcul purement mathématique. Elle fait appel à une panoplie de facteurs dont les contours sont difficiles à cerner avec précision. C'est la raison pour laquelle il peut arriver qu'une peine qui déroge à première vue à une fourchette donnée, et qui pourrait même n'avoir jamais été infligée par le passé pour un crime semblable, ne soit pas pour autant manifestement non indiquée. Tout dépend de la gravité de l'infraction, du degré de responsabilité du délinquant et des circonstances particulières de chaque cas. Par conséquent, le seul fait qu'un juge s'écarte d'une fourchette de peines établie par les tribunaux ne justifie pas l'intervention d'une cour d'appel.

En ce sens, la Cour d'appel a fait erreur en appuyant son intervention en l'espèce sur un dépassement de la fourchette de peines établie par les tribunaux, sans tenir compte des critères habituellement appliqués dans la détermination d'une peine juste et appropriée. Conclure autrement aurait pour effet d'autoriser les cours d'appel à créer sans véritable justification des catégories d'infractions et, de ce fait, à intervenir sans retenue pour substituer une peine en appel. Or, le pouvoir de créer des

power to create categories of offences lies with Parliament, not the courts.

The Court of Appeal also erred in failing to address the factor relating to the local situation, that is, to the frequency of impaired driving in the Beauce region, on which the trial judge had relied. Although the fact that a type of crime occurs frequently in a particular region is not in itself an aggravating factor, there may be circumstances in which a judge might nonetheless consider such a fact in balancing the various sentencing objectives, including the need to denounce the unlawful conduct in question in that place and at the same time to deter anyone else from doing the same thing. In this case, the mere fact that the trial judge found that impaired driving is a scourge in the Beauce district was in itself sufficient for him to consider this factor in determining what would be a just and appropriate sentence. It was inappropriate for the Court of Appeal to disregard this factor in assessing the fitness of the sentence, as that meant that its analysis was incomplete. In the context of offences such as the ones at issue, courts from various parts of the country have in fact held that the objectives of deterrence and denunciation must be emphasized in order to convey society's condemnation, as such offences are ones that might be committed by ordinarily law-abiding people.

The Court of Appeal was therefore wrong to reduce the sentence imposed by the trial judge. Even though the trial judge had made an error in principle by considering an element of the offence as an aggravating factor (the fact that L was intoxicated), that error had clearly had no impact on the sentence. The sentence of six years and six months' imprisonment imposed by the trial judge, although severe, falls within the overall range of sentences normally imposed in Quebec and elsewhere in the country and is not demonstrably unfit. It must therefore be restored.

As to the term of the driving prohibition, the length of the presentence driving prohibition should be subtracted from that of the prohibition imposed in the context of the sentence. In this case, the driving prohibition of four years and seven months is demonstrably unfit and must be reduced to two years and four months to take account of the recognizance entered into by L under which he was to refrain from driving from his release date until his sentencing date (two years and three months).

catégories d'infractions appartient au législateur, et non aux tribunaux.

La Cour d'appel a également eu tort de ne pas se prononcer sur le facteur concernant la situation locale, à savoir la fréquence de la conduite avec les capacités affaiblies en Beauce, facteur sur lequel s'est appuyé le premier juge. Quoique la fréquence d'un type de crime dans une région donnée ne constitue pas en soi un facteur aggravant, une telle situation peut néanmoins, selon les circonstances, être appréciée par le juge dans la mise en balance des différents objectifs de la détermination de la peine, notamment le besoin de dénoncer le comportement illégal à cet endroit et de dissuader quiconque, par la même occasion, d'en faire autant. En l'espèce, le seul fait d'avoir constaté que l'alcool au volant constitue un fléau dans le district de Beauce était suffisant en soi pour que le juge de première instance puisse considérer ce facteur dans la détermination de la peine juste et appropriée. La Cour d'appel ne pouvait le passer sous silence dans son appréciation de la justesse de la sentence, sous peine de procéder à une analyse incomplète. En matière d'infractions comme celles en cause, des tribunaux de diverses régions du pays ont effectivement reconnu qu'il est nécessaire de privilégier les objectifs de dissuasion et de dénonciation afin de communiquer la réprobation de la société, de telles infractions étant susceptibles d'être commises par des citoyens habituellement respectueux des lois.

La Cour d'appel a donc eu tort de substituer une peine réduite à celle infligée par le juge de première instance. Même si ce dernier a commis une erreur de principe en considérant un élément de l'infraction à titre de facteur aggravant (l'état d'ébriété de L), il est clair que cette erreur n'a eu aucune incidence sur la détermination de la peine. Bien qu'elle soit sévère, la peine de six ans et six mois d'emprisonnement prononcée par le juge de première instance se situe à l'intérieur de la fourchette globale des peines normalement infligées au Québec et ailleurs au pays, et elle n'est pas manifestement non indiquée. En conséquence, elle doit être rétablie.

Par ailleurs, en ce qui a trait à la période d'interdiction de conduire, il y a lieu de soustraire la durée de l'interdiction de conduire préalable au prononcé de la peine à la durée de l'interdiction prononcée dans le cadre de la sentence. En l'espèce, l'interdiction de conduire de quatre ans et sept mois est manifestement non indiquée et doit être réduite à deux ans et quatre mois pour tenir compte de l'engagement qu'a pris L de s'abstenir de conduire de la date de sa remise en liberté à celle du prononcé de la peine (deux ans et trois mois).

Finally, the Court of Appeal erred in not admitting the fresh evidence of L's breaches of his recognizances. That evidence was relevant. It could have affected the weight given to the favourable presentence report and could therefore have affected the final sentencing decision. In particular, the Court of Appeal might have reached a different conclusion if it had admitted that evidence, which would have helped it in assessing the fitness of the sentence that had been imposed at trial.

Per McLachlin C.J. and Gascon J. (dissenting): Sentencing judges must take into consideration, *inter alia*, the objectives of deterrence and rehabilitation, any relevant aggravating and mitigating circumstances relating to the offence or the offender, and the principle that a sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances. If a judge fails to individualize a sentence and to consider the relevant mitigating factors while placing undue emphasis on the circumstances of the offence and the objectives of denunciation and deterrence, all that is done is to punish the crime. The reconciliation of the different factors requires that the sentence be consistent with the fundamental principle of proportionality. This principle requires that full consideration be given to each of the factors. Proportionality is a limiting principle that requires that a sentence not exceed what is just and appropriate in light of the moral blameworthiness of the offender and the gravity of the offence. Deterrence can thus work through conditions tailored to fit the offender. This is even more important in the case of a young person with no criminal record.

The standard of intervention to be applied by appellate courts in sentencing matters is well known: a sentence can only be interfered with if it is demonstrably unfit or if it results from an error in principle, the failure to consider a relevant factor or the overemphasis of a relevant factor. If a party shows that the trial judge made an error in principle, failed to consider a relevant factor or overemphasized appropriate factors, there is no requirement that the sentence also be shown to be demonstrably unfit before an appellate court can intervene. Even if none of these three situations exists, however, intervention may be necessary if the sentence is demonstrably unfit.

Where a reviewable error is shown in the reasoning on which a sentence is based, it is appropriate for an

Enfin, la Cour d'appel a eu tort de ne pas admettre la preuve nouvelle des manquements de L à ses engagements. Cette preuve était pertinente. Elle aurait pu influencer sur le poids accordé au rapport présentenciel favorable et, par voie de conséquence, sur la décision finale quant à la peine infligée. En particulier, la Cour d'appel aurait pu conclure différemment si elle avait admis cette preuve, laquelle permettait d'apprécier en partie la justesse de la peine infligée en première instance.

La juge en chef McLachlin et le juge Gascon (dissidents) : Le juge appelé à déterminer une peine doit notamment tenir compte des objectifs de dissuasion et de réinsertion sociale, des circonstances aggravantes et atténuantes relatives à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant, et du principe de l'infliction de peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables. Le juge ne fait que punir le crime s'il omet d'individualiser la peine et de considérer les facteurs atténuants pertinents tout en insistant indûment sur les circonstances de la perpétration de l'infraction et sur les objectifs de dénonciation et de dissuasion. Pour concilier les différents facteurs, la peine doit satisfaire au principe fondamental de proportionnalité. Ce principe commande un examen exhaustif de chacun des facteurs. La proportionnalité constitue un principe limitatif qui requiert que la sanction n'excède pas ce qui est juste et approprié compte tenu de la culpabilité morale du délinquant et de la gravité de l'infraction. La dissuasion peut ainsi agir par le biais de modalités adaptées au contrevenant. Cela revêt une importance encore plus grande dans le cas d'une jeune personne n'ayant pas d'antécédents judiciaires.

La norme d'intervention applicable par les cours d'appel en matière de peine est connue : une peine ne peut être modifiée que si elle n'est manifestement pas indiquée ou si elle découle d'une erreur de principe, de l'omission de prendre en considération un facteur pertinent ou d'une insistance trop grande sur un facteur approprié. Si une partie démontre l'existence d'une erreur de principe, l'omission de considérer un facteur pertinent ou l'insistance trop grande sur les facteurs appropriés, il n'est pas exigé d'établir également que la peine soit manifestement non indiquée pour qu'une cour d'appel puisse intervenir. Toutefois, même en l'absence d'une de ces trois situations, une intervention pourra s'imposer si la peine est manifestement non indiquée.

Lorsqu'il est démontré que le raisonnement ayant mené à la détermination de la peine est entaché d'une

appellate court to be able to intervene and assess the fitness of the sentence. The error that is identified thus opens the door to intervention and permits an appellate court to reopen the sentencing analysis. However, the court of appeal's role in ensuring consistency in sentencing requires it before intervening to ascertain, among other things, that the sentence represents a substantial and marked departure from the sentences customarily imposed for similar offenders who have committed similar crimes. There is no such thing as a uniform sentence for a particular crime, and sentencing is an inherently individualized process. A sentence must reflect a consideration of all the relevant factors, and it is in this sense that the "process" of sentencing is important. It is by correctly repeating the analytical exercise that the court can determine whether the sanction imposed on the offender is just and appropriate or whether it should be varied, and the court need not show deference in such a case.

The sentencing ranges established by appellate courts are only guidelines, and not hard and fast rules. A judge can therefore order a sentence outside the established range as long as it is in accordance with the principles and objectives of sentencing. As a corollary, the mere fact that a sentence falls within the range applicable to a certain type of crime does not necessarily make it fit. It is by analyzing the trial judge's reasoning or thought process that an appellate court can determine whether a sentence that falls within the proper range is tailored to fit the circumstances of the offender and is therefore individualized and proportionate.

The Court of Appeal properly justified its intervention in this case. The trial judge committed a number of errors, and the sentence that resulted from his analysis was thus neither proportionate nor individualized; it also represented a substantial and marked departure from the sentences customarily imposed on similar offenders who have committed similar crimes in similar circumstances. In his analysis, the trial judge began by identifying some aggravating factors that were not really aggravating factors, namely an element of the offence — the fact that L was intoxicated — and the impact on those close to L. Next, he discounted some relevant factors that are normally characterized as mitigating factors and that must be considered in determining the appropriate sentence — namely the youth of the accused and the facts that he had expressed remorse, that he had no criminal record

erreur révisable, il est opportun qu'une cour d'appel puisse intervenir et évaluer la justesse de la peine. L'erreur identifiée donne alors ouverture à l'intervention et permet à la cour d'appel de reprendre l'analyse menant à l'imposition de la peine. Par contre, le rôle d'harmonisation que joue une cour d'appel en matière de détermination de la peine lui impose avant d'intervenir de s'assurer, entre autres, que la peine infligée s'écarte de façon marquée et substantielle des peines qui sont habituellement infligées à des délinquants similaires ayant commis des crimes similaires. Il n'existe pas de peine uniforme pour un crime donné, et sa détermination est un processus intrinsèquement individualisé. La peine imposée doit refléter la prise en considération de tous les facteurs pertinents, et c'est en ce sens-là que le « processus » menant à l'infliction de la peine importe. En refaisant correctement l'exercice analytique, la cour d'appel peut déterminer si la sanction infligée est juste et appropriée, et s'il y a lieu de la modifier, sans avoir à faire preuve de déférence dans un tel cas.

Quant aux fourchettes de peines qu'établissent les cours d'appel, elles ne sont que des lignes directrices et non des règles absolues. Un juge peut donc prononcer une sanction qui déroge à la fourchette établie, pour autant qu'elle respecte les principes et objectifs de détermination de la peine. De façon corollaire, le simple fait que la peine imposée se situe à l'intérieur de la fourchette applicable pour un certain type de crime ne veut pas nécessairement dire qu'elle est juste. C'est en analysant le raisonnement ou le processus de réflexion suivi par le juge d'instance qu'une cour d'appel peut déterminer si une peine qui tombe à l'intérieur de la fourchette appropriée est adaptée à la situation du délinquant et, en conséquence, est individualisée et proportionnelle.

La Cour d'appel a correctement justifié son intervention en l'espèce. Le juge de première instance a commis plusieurs erreurs et dès lors, la peine qui a résulté de son analyse n'était ni proportionnelle, ni individualisée; elle s'écartait par ailleurs de façon marquée et substantielle des peines habituellement infligées à des délinquants ayant commis des crimes similaires dans des circonstances similaires. Dans son analyse, le juge a d'abord retenu des facteurs aggravants qui n'en sont pas, soit un élément constitutif de l'infraction — l'état d'ébriété de L — et les impacts pour les proches de L. Il a ensuite écarté des facteurs pertinents, normalement qualifiés de facteurs atténuants, devant être pris en compte dans la détermination de la peine appropriée, à savoir, le jeune âge de l'accusé, les remords exprimés, l'absence d'antécédents judiciaires et le rapport présentenciel favorable.

and that the presentence report was favourable to him. Indeed, the trial judge failed to discuss the presentence report and its positive findings, which represented a mitigating factor that was relevant to and important for the determination of the appropriate sentence. Finally, his failure to consider certain mitigating factors that favoured L's potential for rehabilitation and the emphasis he placed on exemplarity led him to impose an excessive sentence that departed from the principle of proportionality.

The local situation factor clearly magnified the exemplary focus of the sentence with which the Court of Appeal took issue. When considered in the sentencing context, the frequency of a crime in a given region does not help paint a portrait of the accused, but instead reflects external factors. The degree of censure required to express society's condemnation of the offence is limited by the principle that an offender's sentence must be equivalent to his or her moral culpability. Even though courts of appeal have noted that a trial judge can sometimes consider the local situation when imposing a sentence, the judicial notice that judges can take of their communities is not without limits, and caution must be exercised in establishing its scope. Being familiar with the local situation in one's region is one thing, but claiming to compare that situation with what happens elsewhere in order to draw conclusions or inferences from it is something else. Although a court has wide latitude as to the sources and types of evidence upon which to base the sentence to be imposed, it must never lose sight of the importance of procedural fairness and must bear in mind the importance of the facts in question and the impact on the offender of how they are dealt with. In this case, there is no indication that the trial judge was in a position to take judicial notice of the fact that impaired driving is trivialized in the Beauce region more than elsewhere. Knowing the impact on sentencing of that factor, which he considered to be aggravating, and the particular weight he was going to attach to it in imposing a more severe sanction, he should, in the interest of procedural fairness, have informed L of his concerns on this point and requested submissions from him. But he did not do so, even though the importance he attached to that aggravating factor ultimately led him to impose a sentence that favoured exemplarity at the expense of proportionality.

Given that the trial judge overemphasized the objectives of exemplarity and deterrence while at the same time overlooking the principles of similarity of sentences and individualization in sentencing, the Court of Appeal was

Il a de fait omis de traiter du rapport présentiel et de ses constatations positives, lesquels représentaient un facteur atténuant pertinent et important dans la détermination de la peine appropriée. Enfin, le juge a imposé une peine excessive qui déroge au principe de proportionnalité en occultant des facteurs atténuants favorables au potentiel de réhabilitation de L et en priorisant avant tout l'exemplarité.

Le facteur local a clairement influencé à la hausse l'exemplarité de la peine dénoncée par la Cour d'appel. Lorsqu'elle est considérée dans le contexte de la détermination de la peine, la fréquence d'un crime dans une région donnée ne contribue pas à dresser un portrait de l'accusé; elle est plutôt le reflet de facteurs externes. Le degré de censure requis pour exprimer la réprobation de la société à l'égard de l'infraction demeure contrôlé par le principe selon lequel la peine infligée à un délinquant doit correspondre à sa culpabilité morale. Même si les cours d'appel remarquent qu'un juge d'instance peut parfois prendre en considération la situation locale quand il inflige une peine, la connaissance d'office de son milieu par un juge n'est pas sans limites et il faut être prudent en établissant ses délimitations. Connaître, par exemple, la situation locale de sa région est une chose. Prétendre la comparer à ce qui se passe ailleurs pour en tirer des conclusions ou des inférences en est une autre. Si le tribunal jouit d'une grande latitude pour choisir les sources et le genre de preuves sur lesquelles il fondera la peine infligée, il ne doit jamais perdre de vue l'importance de l'équité procédurale et il doit garder à l'esprit l'importance des faits en question et l'incidence de leur traitement pour le délinquant. En l'espèce, rien n'indique que le premier juge était en mesure de prendre connaissance d'office du fait que la conduite avec capacités affaiblies était plus banalisée en Beauce qu'ailleurs. Sachant l'incidence sur la détermination de la peine de ce facteur jugé aggravant à ses yeux et le poids particulier qu'il allait y accorder en vue d'imposer une sanction plus sévère, il aurait dû aviser L de son interrogation à cet égard et solliciter ses observations, par souci d'équité procédurale. Il ne l'a pas fait, alors qu'au bout du compte, l'importance qu'il a attribuée à ce facteur aggravant l'a mené à infliger une peine qui favorisait l'exemplarité au détriment de la proportionnalité.

Puisque le premier juge a accordé trop d'importance aux objectifs d'exemplarité et de dissuasion, tout en faisant abstraction des principes de similarité et d'individualisation de la peine, la Cour d'appel était justifiée d'intervenir

justified in intervening and reopening the analytical process in order to determine whether the sentence was just and appropriate. In the name of deterrence and exemplarity, the trial judge focused on the perceived prevalence of the crime in the community and disregarded the individual and contextual factors, which led him to impose a sentence that was excessive in L's case. In so doing, he disregarded the principle that sentences should be similar to other sentences imposed in similar circumstances, which is the corollary of the principle of proportionality. He provided little if any explanation for the sentence of 78 months' imprisonment that he ultimately imposed on L, despite the fact that the severity of that sentence is not in any doubt. Although it would also have been preferable for the Court of Appeal to provide a more thorough explanation, the 48-month sentence it imposed is much more consistent with what can be seen in comparable decisions. Unlike the one imposed by the trial judge, this sentence does not represent a substantial and marked departure from the sentences imposed on similar offenders who committed similar crimes in similar circumstances. Rather, it is consistent with the sentences imposed on offenders with characteristics similar to those of L. Insofar as the Court of Appeal correctly stated the law before intervening, it is not open to the Court to substitute its view for that of the Court of Appeal on the sentence.

On the issue of the driving prohibition, the length of the presentence prohibition is a factor to be considered in analyzing the reasonableness and appropriateness of the prohibition to be imposed under s. 259(3.3)(b) of the *Criminal Code*. In light of the length of the presentence prohibition in this case, it is appropriate to reduce the length of L's driving prohibition to one year and nine months, plus the period of 48 months to which he was sentenced to imprisonment.

Finally, the Court of Appeal did not make an error warranting intervention when it declined to admit the fresh evidence of two breaches by L of his recognizances. Absent an error of law or a palpable and overriding error of fact, the Court should not reconsider the weight attached by the Court of Appeal to those breaches and substitute its view of what would have been relevant.

Cases Cited

By Wagner J.

Referred to: *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *R. v. Lépine*, 2007 QCCA 70; *R. v. Brutus*, 2009 QCCA 1382; *R. v. Stimson*, 2011 ABCA 59, 499 A.R. 185; *R. v.*

et de reprendre le processus d'analyse pour juger du caractère juste et approprié de la peine. Au nom de la dissuasion et de l'exemplarité, le juge s'est focalisé sur la prépondérance perçue du crime dans la communauté et a passé outre aux facteurs individuels et contextuels pour imposer une peine qui s'est avérée excessive dans le cas de L. Il n'a ainsi pas tenu compte du principe de l'harmonisation des peines, le corollaire du principe de proportionnalité. Il a fourni peu d'explications, voire aucune, sur la peine de 78 mois d'emprisonnement qu'il a en définitive imposée à L, bien que la sévérité de cette dernière ne fasse aucun doute. Bien qu'il eût été souhaitable qu'elle s'en explique également de façon plus étoffée, la peine de 48 mois qu'a imposée la Cour d'appel est nettement plus conforme à ce qu'indique l'étude de décisions comparables. Contrairement à celle du premier juge, cette peine ne s'écarte pas de façon marquée et substantielle des peines infligées à des délinquants ayant commis des crimes similaires dans des circonstances similaires. Elle se situe plutôt dans la foulée de celles imposées aux délinquants dont les caractéristiques étaient semblables à celles de L. Dans la mesure où la Cour d'appel s'est bien dirigée en droit avant d'intervenir, il n'appartient pas à la Cour de substituer son point de vue au sien quant à la détermination de la peine.

Sur la question de l'interdiction de conduire, la durée de l'interdiction préalable au prononcé de la peine est un facteur à considérer dans l'analyse du caractère raisonnable et approprié de l'interdiction à imposer aux termes de l'al. 259(3.3)b) du *Code criminel*. En tenant compte de cette durée en l'espèce, il est à propos de réduire la durée de l'interdiction de conduire imposée à L à une période de un an et neuf mois, en plus de la période d'emprisonnement de 48 mois à laquelle il a été condamné.

Enfin, la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur justifiant une intervention en refusant d'admettre la preuve nouvelle de deux manquements de L à ses engagements. En l'absence d'erreur de droit ou d'erreur de fait manifeste et déterminante, il n'appartient pas à la Cour de se pencher à nouveau sur le poids accordé par la Cour d'appel à ces manquements pour y substituer sa perception de ce qui aurait été pertinent.

Jurisprudence

Citée par le juge Wagner

Arrêts mentionnés : *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *R. c. Lépine*, 2007 QCCA 70; *R. c. Brutus*, 2009 QCCA 1382; *R. c. Stimson*, 2011 ABCA 59, 499

McIlwrick, 2008 ABQB 724, 461 A.R. 16; *R. v. Junkert*, 2010 ONCA 549, 103 O.R. (3d) 284; *R. v. Ruizfuentes*, 2010 MBCA 90, 258 Man. R. (2d) 220; *R. v. Bernshaw*, [1995] 1 S.C.R. 254; *R. v. Comeau*, 2008 QCCQ 4804; *R. v. Paré*, 2011 QCCA 2047; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; *R. v. L.M.*, 2008 SCC 31, [2008] 2 S.C.R. 163; *R. v. L.F.W.*, 2000 SCC 6, [2000] 1 S.C.R. 132; *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206; *R. v. Lévesque-Chaput*, 2010 QCCA 640; *R. v. Gavin*, 2009 QCCA 1; *R. v. Sidhu*, 2009 QCCA 2441; *R. v. Flight*, 2014 ABCA 380, 584 A.R. 392; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Ramage*, 2010 ONCA 488, 257 C.C.C. (3d) 261; *R. v. McKnight* (1999), 135 C.C.C. (3d) 41; *R. v. Rezaie* (1996), 31 O.R. (3d) 713; *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948; *R. v. Keepness*, 2010 SKCA 69, 359 Sask. R. 34; *R. v. Verreault*, 2008 QCCA 2284; *R. v. Morneau*, 2009 QCCA 1496; *R. v. Bear*, 2008 SKCA 172, 320 Sask. R. 12; *R. v. Berner*, 2013 BCCA 188, 297 C.C.C. (3d) 69; *R. v. Smith*, 2013 BCCA 173, 296 C.C.C. (3d) 386; *R. v. Kummer*, 2011 ONCA 39, 103 O.R. (3d) 641; *R. v. Wood* (2005), 196 C.C.C. (3d) 155; *R. v. O. (C.)*, 2008 ONCA 518, 91 O.R. (3d) 528; *R. v. Wright*, 2013 ABCA 428, 566 A.R. 192; *R. v. J.B.*, 2015 QCCQ 1884; *R. v. Tang*, 2010 QCCS 5009; *R. v. Valiquette*, 2004 CanLII 20126; *R. v. Nguyen*, 2007 QCCA 1500; *R. v. Morrisette* (1970), 1 C.C.C. (2d) 307; *R. v. Laurila*, 2010 BCCA 535, 296 B.C.A.C. 139; *R. v. Woghiren*, 2004 CanLII 46649; *R. v. Z.Z.*, 2013 QCCA 1498; *R. v. Hernandez*, 2009 BCCA 546, 277 B.C.A.C. 120; *R. v. MacDougall*, [1998] 3 S.C.R. 45; *R. v. Dumais*, 2010 QCCA 1030; *R. v. St-Germain*, 2015 QCCA 1108; *R. v. Pelletier*, 2008 QCCA 1616; *R. v. Laycock* (1989), 51 C.C.C. (3d) 65; *R. v. Bilodeau*, 2013 QCCA 980; *R. v. Williams*, 2009 NBPC 16, 346 N.B.R. (2d) 164; *R. v. Downes* (2006), 79 O.R. (3d) 321; *R. v. Ijam*, 2007 ONCA 597, 87 O.R. (3d) 81; *R. v. Panday*, 2007 ONCA 598, 87 O.R. (3d) 1; *R. v. Sharma*, [1992] 1 S.C.R. 814; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. Lévesque*, 2000 SCC 47, [2000] 2 S.C.R. 487; *R. v. Angelillo*, 2006 SCC 55, [2006] 2 S.C.R. 728; *Lees v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 749.

By Gascon J. (dissenting)

R. v. Nur, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Priest* (1996), 30 O.R. (3d) 538; *R. v. Paré*, 2011 QCCA 2047; *R. v. R. (M.)*, 2010 QCCA 16, 73 C.R. (6th) 136; *R. v. J.L.M.A.*, 2010 ABCA 363, 499 A.R. 1; *R. v. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1; *R. v. Hawkins*, 2011 NSCA 7, 298

A.R. 185; *R. c. McIlwrick*, 2008 ABQB 724, 461 A.R. 16; *R. c. Junkert*, 2010 ONCA 549, 103 O.R. (3d) 284; *R. c. Ruizfuentes*, 2010 MBCA 90, 258 Man. R. (2d) 220; *R. c. Bernshaw*, [1995] 1 R.C.S. 254; *R. c. Comeau*, 2008 QCCQ 4804; *R. c. Paré*, 2011 QCCA 2047; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *R. c. L.M.*, 2008 CSC 31, [2008] 2 R.C.S. 163; *R. c. L.F.W.*, 2000 CSC 6, [2000] 1 R.C.S. 132; *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206; *R. c. Lévesque-Chaput*, 2010 QCCA 640; *R. c. Gavin*, 2009 QCCA 1; *R. c. Sidhu*, 2009 QCCA 2441; *R. c. Flight*, 2014 ABCA 380, 584 A.R. 392; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Ramage*, 2010 ONCA 488, 257 C.C.C. (3d) 261; *R. c. McKnight* (1999), 135 C.C.C. (3d) 41; *R. c. Rezaie* (1996), 31 O.R. (3d) 713; *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948; *R. c. Keepness*, 2010 SKCA 69, 359 Sask. R. 34; *R. c. Verreault*, 2008 QCCA 2284; *R. c. Morneau*, 2009 QCCA 1496; *R. c. Bear*, 2008 SKCA 172, 320 Sask. R. 12; *R. c. Berner*, 2013 BCCA 188, 297 C.C.C. (3d) 69; *R. c. Smith*, 2013 BCCA 173, 296 C.C.C. (3d) 386; *R. c. Kummer*, 2011 ONCA 39, 103 O.R. (3d) 649; *R. c. Wood* (2005), 196 C.C.C. (3d) 155; *R. c. O. (C.)*, 2008 ONCA 518, 91 O.R. (3d) 528; *R. c. Wright*, 2013 ABCA 428, 566 A.R. 192; *R. c. J.B.*, 2015 QCCQ 1884; *R. c. Tang*, 2010 QCCS 5009; *R. c. Valiquette*, 2004 CanLII 20126; *R. c. Nguyen*, 2007 QCCA 1500; *R. c. Morrisette* (1970), 1 C.C.C. (2d) 307; *R. c. Laurila*, 2010 BCCA 535, 296 B.C.A.C. 139; *R. c. Woghiren*, 2004 CanLII 46649; *R. c. Z.Z.*, 2013 QCCA 1498; *R. c. Hernandez*, 2009 BCCA 546, 277 B.C.A.C. 120; *R. c. MacDougall*, [1998] 3 R.C.S. 45; *R. c. Dumais*, 2010 QCCA 1030; *R. c. St-Germain*, 2015 QCCA 1108; *R. c. Pelletier*, 2008 QCCA 1616; *R. c. Laycock* (1989), 51 C.C.C. (3d) 65; *R. c. Bilodeau*, 2013 QCCA 980; *R. c. Williams*, 2009 NBPC 16, 346 R.N.-B. (2^e) 164; *R. c. Downes* (2006), 79 O.R. (3d) 321; *R. c. Ijam*, 2007 ONCA 597, 87 O.R. (3d) 81; *R. c. Panday*, 2007 ONCA 598, 87 O.R. (3d) 1; *R. c. Sharma*, [1992] 1 R.C.S. 814; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. Lévesque*, 2000 CSC 47, [2000] 2 R.C.S. 487; *R. c. Angelillo*, 2006 CSC 55, [2006] 2 R.C.S. 728; *Lees c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 749.

Citée par le juge Gascon (dissident)

R. c. Nur, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Priest* (1996), 30 O.R. (3d) 538; *R. c. Paré*, 2011 QCCA 2047; *R. c. R. (M.)*, 2010 QCCA 16, 73 C.R. (6th) 136; *R. c. J.L.M.A.*, 2010 ABCA 363, 499 A.R. 1; *R. c. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1; *R. c. Hawkins*, 2011

N.S.R. (2d) 53; *R. v. Wismayer* (1997), 33 O.R. (3d) 225; *R. v. Coffin*, 2006 QCCA 471, 210 C.C.C. (3d) 227; *R. v. Leask* (1996), 113 Man. R. (2d) 265; *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948; *R. v. Gallon*, 2006 NBCA 31, 297 N.B.R. (2d) 317; *R. v. Biancofiore* (1997), 35 O.R. (3d) 782; *R. v. Gagnon* (1998), 130 C.C.C. (3d) 194; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. Orr*, 2008 BCCA 76, 228 C.C.C. (3d) 432; *R. v. Flight*, 2014 ABCA 380, 584 A.R. 392; *R. v. Stimson*, 2011 ABCA 59, 499 A.R. 185; *R. v. Dass*, 2008 CanLII 13191; *R. v. Dankyi* (1993), 86 C.C.C. (3d) 368; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458; *R. v. Valiquette*, 2004 CanLII 20126; *R. v. Z.Z.*, 2013 QCCA 1498; *R. v. Hernandez*, 2009 BCCA 546, 277 B.C.A.C. 120; *R. v. Lévesque*, 2000 SCC 47, [2000] 2 S.C.R. 487; *R. v. Witvoet*, 2015 ABCA 152, 600 A.R. 200; *R. v. Bartlett*, 2005 NLCA 75, 252 Nfld. & P.E.I.R. 154; *R. v. Joseph*, 2012 BCCA 359, 326 B.C.A.C. 312; *R. v. Provost*, 2006 NLCA 30, 256 Nfld. & P.E.I.R. 205; *R. v. Alarie* (1980), 28 C.R. (3d) 73; *R. v. Junkert*, 2010 ONCA 549, 103 O.R. (3d) 284; *R. v. Ruizfuentes*, 2010 MBCA 90, 258 Man. R. (2d) 220; *R. v. Lépine*, 2007 QCCA 70; *R. v. Brutus*, 2009 QCCA 1382; *R. v. Charles*, 2011 BCCA 68, 10 M.V.R. (6th) 177, aff'g 2009 BCSC 1391; *R. v. McIlwrick*, 2008 ABQB 724, 461 A.R. 16; *R. v. Olsen*, 2011 ABCA 308, 515 A.R. 76; *R. v. Pelletier*, 2009 QCCQ 6277; *R. v. Nottebrock*, 2014 ABQB 662, 15 Alta. L.R. (6th) 114; *R. v. Cooper*, 2007 NSSC 115, 255 N.S.R. (2d) 18; *R. v. Kummer*, 2011 ONCA 39, 103 O.R. (3d) 641; *R. v. Cote*, 2007 SKPC 100, 300 Sask. R. 194; *R. v. York*, 2015 ABCA 129, 78 M.V.R. (6th) 4; *R. v. Gravel*, 2013 QCCQ 10482; *R. v. Comeau*, 2008 QCCQ 4804, aff'd 2009 QCCA 1175; *R. v. Côté*, 2002 CanLII 27228; *R. v. Morneau*, 2009 QCCA 1496, aff'g 2009 QCCQ 1271; *R. v. Bois*, 2005 CanLII 10575; *R. v. Wood* (2005), 196 C.C.C. (3d) 155; *R. v. R.N.S.*, 2000 SCC 7, [2000] 1 S.C.R. 149; *R. v. Bilodeau*, 2013 QCCA 980; *R. v. Pellicore*, [1997] O.J. No. 226 (QL); *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code (impaired driving causing death and other matters), S.C. 2000, c. 25.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 255(3), 259(2)(a), (a.1), (3.3)(b), 687, 718 to 718.2, 718.1, 718.3(1), 719(1), 721(3)(b).
Highway Safety Code, CQLR, c. C-24.2.
Tackling Violent Crime Act, S.C. 2008, c. 6.

NSCA 7, 298 N.S.R. (2d) 53; *R. c. Wismayer* (1997), 33 O.R. (3d) 225; *R. c. Coffin*, 2006 QCCA 471, [2006] R.J.Q. 976; *R. c. Leask* (1996), 113 Man. R. (2d) 265; *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948; *R. c. Gallon*, 2006 NBCA 31, 297 R.N.-B. (2^e) 317; *R. c. Biancofiore* (1997), 35 O.R. (3d) 782; *R. c. Gagnon*, [1998] R.J.Q. 2636; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. Orr*, 2008 BCCA 76, 228 C.C.C. (3d) 432; *R. c. Flight*, 2014 ABCA 380, 584 A.R. 392; *R. c. Stimson*, 2011 ABCA 59, 499 A.R. 185; *R. c. Dass*, 2008 CanLII 13191; *R. c. Dankyi*, [1993] R.J.Q. 2767; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458; *R. c. Valiquette*, 2004 CanLII 20126; *R. c. Z.Z.*, 2013 QCCA 1498; *R. c. Hernandez*, 2009 BCCA 546, 277 B.C.A.C. 120; *R. c. Lévesque*, 2000 CSC 47, [2000] 2 R.C.S. 487; *R. c. Witvoet*, 2015 ABCA 152, 600 A.R. 200; *R. c. Bartlett*, 2005 NLCA 75, 252 Nfld. & P.E.I.R. 154; *R. c. Joseph*, 2012 BCCA 359, 326 B.C.A.C. 312; *R. c. Provost*, 2006 NLCA 30, 256 Nfld. & P.E.I.R. 205; *R. c. Alarie* (1980), 28 C.R. (3d) 73; *R. c. Junkert*, 2010 ONCA 549, 103 O.R. (3d) 284; *R. c. Ruizfuentes*, 2010 MBCA 90, 258 Man. R. (2d) 220; *R. c. Lépine*, 2007 QCCA 70; *R. c. Brutus*, 2009 QCCA 1382; *R. c. Charles*, 2011 BCCA 68, 10 M.V.R. (6th) 177, conf. 2009 BCSC 1391; *R. c. McIlwrick*, 2008 ABQB 724, 461 A.R. 16; *R. c. Olsen*, 2011 ABCA 308, 515 A.R. 76; *R. c. Pelletier*, 2009 QCCQ 6277; *R. c. Nottebrock*, 2014 ABQB 662, 15 Alta. L.R. (6th) 114; *R. c. Cooper*, 2007 NSSC 115, 255 N.S.R. (2d) 18; *R. c. Kummer*, 2011 ONCA 39, 103 O.R. (3d) 649; *R. c. Cote*, 2007 SKPC 100, 300 Sask. R. 194; *R. c. York*, 2015 ABCA 129, 78 M.V.R. (6th) 4; *R. c. Gravel*, 2013 QCCQ 10482; *R. c. Comeau*, 2008 QCCQ 4804, conf. par 2009 QCCA 1175; *R. c. Côté*, 2002 CanLII 27228; *R. c. Morneau*, 2009 QCCA 1496, conf. 2009 QCCQ 1271; *R. c. Bois*, 2005 CanLII 10575; *R. c. Wood* (2005), 196 C.C.C. (3d) 155; *R. c. R.N.S.*, 2000 CSC 7, [2000] 1 R.C.S. 149; *R. c. Bilodeau*, 2013 QCCA 980; *R. c. Pellicore*, [1997] O.J. No. 226 (QL); *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 255(3), 259(2)a), a.1), (3.3)b), 687, 718 à 718.2, 718.1, 718.3(1), 719(1), 721(3)b).
Code de la sécurité routière, RLRQ, c. C-24.2.
Loi modifiant le Code criminel (conduite avec facultés affaiblies causant la mort et autres matières), L.C. 2000, c. 25.
Loi sur la lutte contre les crimes violents, L.C. 2008, c. 6.

Authors Cited

- Béliveau, Pierre, et Martin Vauclair. *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 22^e éd. Montréal: Yvon Blais, 2015.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Ending Alcohol-Impaired Driving: A Common Approach*. Ottawa: Communication Canada, June 2009.
- Dadour, François. *De la détermination de la peine: Principes et applications*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2007.
- Davis, Kenneth Culp. *Administrative Law Text*, 3rd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1972.
- Delisle, Ronald Joseph, Don Stuart and David M. Tanovich. *Evidence: Principles and Problems*, 9th ed. Toronto: Carswell, 2010.
- Desjardins, Tristan. *L'appel en droit criminel et pénal*, 2^e éd. Montréal: LexisNexis, 2012.
- Renaud, Gilles. *Principes de la détermination de la peine*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2004.
- Renaud, Gilles. *The Sentencing Code of Canada: Principles and Objectives*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.
- Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan. *Sentencing*, 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.
- Thomas, D. A. *Principles of Sentencing*, 2nd ed. London: Heinemann, 1979.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Morissette, Gagnon and Bélanger JJ.A.), 2014 QCCA 1061, [2014] AZ-51076563, [2014] J.Q. n° 4929 (QL), 2014 CarswellQue 4930 (WL Can.), varying a sentence imposed by Couture J.C.Q., 2013 QCCQ 11960, [2013] AZ-51009786, [2013] J.Q. n° 13621 (QL), 2013 CarswellQue 10490 (WL Can.). Appeal allowed, McLachlin C.J. and Gascon J. dissenting.

Régis Boisvert and Audrey Roy-Cloutier, for the appellant.

Alain Dumas and Geneviève Bertrand, for the respondent.

Joanne Dartana, for the intervener.

Doctrine et autres documents cités

- Béliveau, Pierre, et Martin Vauclair. *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 22^e éd., Montréal, Yvon Blais, 2015.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Mettre un frein à l'alcool au volant : Une approche en commun*, Ottawa, Communication Canada, juin 2009.
- Dadour, François. *De la détermination de la peine : Principes et applications*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2007.
- Davis, Kenneth Culp. *Administrative Law Text*, 3rd ed., St. Paul (Minn.), West Publishing Co., 1972.
- Delisle, Ronald Joseph, Don Stuart and David M. Tanovich. *Evidence : Principles and Problems*, 9th ed., Toronto, Carswell, 2010.
- Desjardins, Tristan. *L'appel en droit criminel et pénal*, 2^e éd., Montréal, LexisNexis, 2012.
- Renaud, Gilles. *Principes de la détermination de la peine*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2004.
- Renaud, Gilles. *The Sentencing Code of Canada : Principles and Objectives*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2009.
- Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan. *Sentencing*, 8th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2012.
- Thomas, D. A. *Principles of Sentencing*, 2nd ed., London, Heinemann, 1979.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Morissette, Gagnon et Bélanger), 2014 QCCA 1061, [2014] AZ-51076563, [2014] J.Q. n° 4929 (QL), 2014 CarswellQue 4930 (WL Can.), qui a modifié la peine infligée par le juge Couture, 2013 QCCQ 11960, [2013] AZ-51009786, [2013] J.Q. n° 13621 (QL), 2013 CarswellQue 10490 (WL Can.). Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et le juge Gascon sont dissidents.

Régis Boisvert et Audrey Roy-Cloutier, pour l'appelante.

Alain Dumas et Geneviève Bertrand, pour l'intimé.

Joanne Dartana, pour l'intervenant.

English version of the judgment of Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Côté JJ. delivered by

WAGNER J. —

I. Introduction

[1] Sentencing remains one of the most delicate stages of the criminal justice process in Canada. Although this task is governed by ss. 718 et seq. of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and although the objectives set out in those sections guide the courts and are clearly defined, it nonetheless involves, by definition, the exercise of a broad discretion by the courts in balancing all the relevant factors in order to meet the objectives being pursued in sentencing.

[2] For this purpose, the courts have developed tools over the years to ensure that similar sentences are imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances — the principle of parity of sentences — and that sentences are proportionate by guiding the exercise of that discretion, and to prevent any substantial and marked disparities in the sentences imposed on offenders for similar crimes committed in similar circumstances. For example, in Quebec and other provinces, the courts have adopted a system of sentencing ranges and categories designed to achieve these objectives.

[3] The credibility of the criminal justice system in the eyes of the public depends on the fitness of sentences imposed on offenders. A sentence that is unfit, whether because it is too harsh or too lenient, could cause the public to question the credibility of the system in light of its objectives.

[4] One of the main objectives of Canadian criminal law is the rehabilitation of offenders. Rehabilitation is one of the fundamental moral values that distinguish Canadian society from the societies of many other nations in the world, and it helps the courts impose sentences that are just and appropriate.

Le jugement des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Côté a été rendu par

LE JUGE WAGNER —

I. Introduction

[1] La détermination de la peine demeure l'une des étapes les plus délicates du processus de justice pénale et criminelle au Canada. Même si cette tâche est régie par les art. 718 et suiv. du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, et que les objectifs y mentionnés guident les tribunaux et sont bien définis, elle implique néanmoins, par définition, l'exercice par ceux-ci d'un large pouvoir discrétionnaire dans la mise en balance de tous les facteurs pertinents afin de pouvoir satisfaire aux objectifs visés par le prononcé des peines.

[2] À cette fin, les tribunaux ont élaboré au fil des ans des outils qui visent à assurer l'harmonisation et la proportionnalité des peines en encadrant l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire et à éviter des écarts importants, marqués et substantiels entre les peines infligées à des délinquants pour des crimes semblables commis dans des circonstances semblables. À titre d'exemple, au Québec et dans d'autres provinces, les tribunaux ont adopté un système de fourchettes et de catégories de peines pour réaliser ces objectifs.

[3] La crédibilité du système de justice pénale et criminelle auprès des justiciables est tributaire de la justesse des peines infligées aux délinquants. Qu'elle soit trop sévère ou trop clémentine, une peine injuste peut, dans un cas comme dans l'autre, susciter dans l'esprit du justiciable un doute quant à la crédibilité du système compte tenu de ses objectifs.

[4] Parmi les principaux objectifs du droit criminel canadien, on trouve l'objectif de réinsertion sociale du délinquant. Cet objectif fait partie des valeurs morales fondamentales qui distinguent la société canadienne de nombreuses autres nations du monde et il guide les tribunaux dans la recherche d'une peine juste et appropriée.

[5] In the context of offences such as the ones in the case at bar, namely impaired driving causing either bodily harm or death, courts from various parts of the country have held that the objectives of deterrence and denunciation must be emphasized in order to convey society's condemnation: *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at para. 129; *R. v. Lépine*, 2007 QCCA 70, at para. 21 (CanLII); *R. v. Brutus*, 2009 QCCA 1382, at para. 18 (CanLII); *R. v. Stimson*, 2011 ABCA 59, 499 A.R. 185, at para. 21; *R. v. McIlwrick*, 2008 ABQB 724, 461 A.R. 16, at para. 69; *R. v. Junkert*, 2010 ONCA 549, 103 O.R. (3d) 284, at paras. 46-47; *R. v. Ruizfuentes*, 2010 MBCA 90, 258 Man. R. (2d) 220, at para. 36.

[6] While it is normal for trial judges to consider sentences other than imprisonment in appropriate cases, in the instant case, as in all cases in which general or specific deterrence and denunciation must be emphasized, the courts have very few options other than imprisonment for meeting these objectives, which are essential to the maintenance of a just, peaceful and law-abiding society.

[7] The increase in the minimum and maximum sentences for impaired driving offences shows that Parliament wanted such offences to be punished more harshly. Despite countless awareness campaigns conducted over the years, impaired driving offences still cause more deaths than any other offences in Canada: House of Commons Standing Committee on Justice and Human Rights, *Ending Alcohol-Impaired Driving: A Common Approach* (2009), at p. 5.

[8] This sad situation, which unfortunately continues to prevail today, was denounced by Cory J. more than 20 years ago:

Every year, drunk driving leaves a terrible trail of death, injury, heartbreak and destruction. From the point of view of numbers alone, it has a far greater impact on Canadian society than any other crime. In terms of the deaths and serious injuries resulting in hospitalization,

[5] En matière d'infractions comme celles en cause en l'espèce, à savoir la conduite avec les capacités affaiblies causant des lésions corporelles ou la mort, des tribunaux de diverses régions du pays ont reconnu qu'il est nécessaire de privilégier les objectifs de dissuasion et de dénonciation afin de communiquer la réprobation de la société : *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, par. 129; *R. c. Lépine*, 2007 QCCA 70, par. 21 (CanLII); *R. c. Brutus*, 2009 QCCA 1382, par. 18 (CanLII); *R. c. Stimson*, 2011 ABCA 59, 499 A.R. 185, par. 21; *R. c. McIlwrick*, 2008 ABQB 724, 461 A.R. 16, par. 69; *R. c. Junkert*, 2010 ONCA 549, 103 O.R. (3d) 284, par. 46-47; *R. c. Ruizfuentes*, 2010 MBCA 90, 258 Man. R. (2d) 220, par. 36.

[6] Bien qu'il soit dans l'ordre des choses pour les juges d'instance de considérer d'autres peines que l'emprisonnement dans les cas qui s'y prêtent, en l'espèce, comme dans tous les cas où la dissuasion générale ou spécifique et la dénonciation doivent primer, les tribunaux disposent de très peu de moyens à part l'emprisonnement pour satisfaire à ces objectifs, lesquels sont essentiels au maintien d'une société juste, paisible et respectueuse des lois.

[7] Le relèvement des peines minimales et maximales applicables aux infractions de conduite avec les capacités affaiblies témoigne de la volonté du législateur de sanctionner avec plus de sévérité ces infractions qui, en dépit des innombrables campagnes de sensibilisation menées au fil des ans, demeurent encore aujourd'hui celles qui entraînent le plus de décès au Canada : Comité permanent de la justice et des droits de la personne de la Chambre des communes, *Mettre un frein à l'alcool au volant : Une approche en commun* (2009), p. 5.

[8] Il s'agit d'un triste constat, qui est malheureusement toujours d'actualité et que le juge Cory dénonçait il y a déjà plus de 20 ans :

Chaque année, l'ivresse au volant entraîne énormément de décès, de blessures, de peine et de destruction. Au plan numérique seulement, l'ivresse au volant a une plus grande incidence sur la société canadienne que tout autre crime. Du point de vue des décès et des blessures

drunk driving is clearly the crime which causes the most significant social loss to the country.

(*R. v. Bernshaw*, [1995] 1 S.C.R. 254, at para. 16)

[9] Such is the backdrop to the main issues in the case at bar. The appellant is appealing a Quebec Court of Appeal judgment that reduced from six and a half to four years a term of imprisonment imposed on the respondent by the trial judge after the respondent had pleaded guilty to two counts of impaired driving causing death.

[10] This appeal affords this Court, first of all, an occasion to clarify the standard on the basis of which an appellate court may intervene and vary a sentence imposed by a trial judge. The Court must determine, *inter alia*, the extent to which a deviation from a sentencing range that is otherwise established and adhered to may justify appellate intervention.

[11] This Court has on many occasions noted the importance of giving wide latitude to sentencing judges. Since they have, *inter alia*, the advantage of having heard and seen the witnesses, sentencing judges are in the best position to determine, having regard to the circumstances, a just and appropriate sentence that is consistent with the objectives and principles set out in the *Criminal Code* in this regard. The fact that a judge deviates from the proper sentencing range does not in itself justify appellate intervention. Ultimately, except where a sentencing judge makes an error of law or an error in principle that has an impact on the sentence, an appellate court may not vary the sentence unless it is demonstrably unfit.

[12] In such cases, proportionality is the cardinal principle that must guide appellate courts in considering the fitness of a sentence imposed on an offender. The more serious the crime and its consequences, or the greater the offender's degree of responsibility, the heavier the sentence will be. In other words, the severity of a sentence depends not only on the seriousness of the crime's consequences, but also on the moral blameworthiness of

graves donnant lieu à l'hospitalisation, la conduite avec facultés affaiblies est de toute évidence le crime qui cause la plus grande perte sociale au pays.

(*R. c. Bernshaw*, [1995] 1 R.C.S. 254, par. 16)

[9] Voilà la toile de fond sur laquelle se profilent les principaux enjeux de la présente affaire. L'appelante se pourvoit contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui a réduit à quatre ans la peine d'emprisonnement de six ans et demi infligée par le juge de première instance à l'intimé, après que ce dernier eut reconnu sa culpabilité à deux chefs d'accusation de conduite avec les capacités affaiblies causant la mort.

[10] Dans un premier temps, ce pourvoi permet à notre Cour de clarifier la norme qui autorise une cour d'appel à intervenir et à modifier la peine prononcée par le juge d'instance. La Cour doit notamment décider dans quelle mesure une dérogation à une fourchette de peines par ailleurs établie et suivie peut justifier l'intervention d'une cour d'appel.

[11] Notre Cour a maintes fois rappelé l'importance d'accorder une grande latitude au juge qui prononce la peine. Comme celui-ci a notamment l'avantage d'entendre et de voir les témoins, il est le mieux placé pour déterminer, eu égard aux circonstances, la peine juste et appropriée conformément aux objectifs et aux principes énoncés au *Code criminel* à cet égard. Le seul fait qu'un juge s'écarte de la fourchette de peines appropriée ne justifie pas l'intervention d'une cour d'appel. Au final, sauf dans les cas où le juge qui fixe la peine commet une erreur de droit ou une erreur de principe ayant une incidence sur la détermination de cette peine, une cour d'appel ne peut la modifier que si cette peine est manifestement non indiquée.

[12] En la matière, la proportionnalité demeure le principe cardinal qui doit guider l'examen par une cour d'appel de la justesse de la peine infligée à un délinquant. Plus le crime commis et ses conséquences sont graves, ou plus le degré de responsabilité du délinquant est élevé, plus la peine sera lourde. En d'autres mots, la sévérité de la peine ne dépend pas seulement de la gravité des conséquences du crime, mais également de la culpabilité morale du

the offender. Determining a proportionate sentence is a delicate task. As I mentioned above, both sentences that are too lenient and sentences that are too harsh can undermine public confidence in the administration of justice. Moreover, if appellate courts intervene without deference to vary sentences that they consider too lenient or too harsh, their interventions could undermine the credibility of the system and the authority of trial courts. With respect, I am of the opinion that the Court of Appeal was wrong in this case to reduce the sentence imposed by the trial judge by basing its intervention on the fact that he had departed from the established sentencing range.

[13] Secondly, this appeal also raises the question whether it is appropriate for a judge to consider the fact that a type of offence occurs with particular frequency in a given region as a relevant factor in determining a just and appropriate sentence. In this case, I am of the opinion that it was open to the trial judge, in balancing the relevant sentencing factors, to consider the frequency of impaired driving offences in the district where the crime was committed. Moreover, the Court of Appeal failed completely to address this question.

[14] Another question raised in this appeal relates to the length and other terms of the driving prohibition imposed by the trial judge. In this case, the length of the presentence driving prohibition should be subtracted from that of the prohibition imposed in the context of the sentence. In addition, the driving prohibition of four years and seven months is demonstrably unfit and must be reduced to two years and four months to take account of the recognizance entered into by the respondent under which he was to refrain from driving from his release date until his sentencing date (two years and three months).

[15] Finally, the appeal also concerns the admissibility of fresh evidence. In this case, the evidence in question was of two breaches of recognizances the respondent had entered into. The Court of Appeal

délinquant. Fixer une peine proportionnée est une tâche délicate. En effet, comme je l'ai souligné plus tôt, tant les peines trop clémentes que les peines trop sévères peuvent miner la confiance du public dans l'administration de la justice. Qui plus est, si les tribunaux d'appel interviennent sans retenue pour modifier des peines perçues comme trop clémentes ou trop sévères, leurs interventions risquent d'éroder la crédibilité du système et l'autorité des tribunaux de première instance. Avec égards, je suis d'avis qu'en l'espèce, la Cour d'appel a eu tort de substituer une peine réduite à celle infligée par le juge de première instance en appuyant son intervention sur le fait que ce dernier se serait écarté de la fourchette de peines établie.

[13] Dans un deuxième temps, le présent pourvoi soulève aussi la question de savoir s'il est opportun qu'un juge considère la fréquence particulière d'un type d'infraction dans une région donnée comme un facteur pertinent dans la détermination de la peine juste et appropriée. En l'espèce, je suis d'avis qu'il était loisible au juge de première instance, dans la mise en balance des facteurs pertinents quant à la détermination de la peine, de prendre en compte la fréquence des infractions de conduite avec les capacités affaiblies dans le district où le crime a été commis. La Cour d'appel a d'ailleurs totalement omis de se prononcer à cet égard.

[14] Il est également question, dans le cadre de ce pourvoi, de la durée et des autres modalités de l'interdiction de conduire imposée par le juge de première instance. En l'espèce, il y a lieu de soustraire la durée de l'interdiction de conduire préalable au prononcé de la peine à la durée de l'interdiction prononcée dans le cadre de la sentence. De plus, l'interdiction de conduire de quatre ans et sept mois est manifestement non indiquée et doit être réduite à deux ans et quatre mois pour tenir compte de l'engagement qu'a pris l'intimé de s'abstenir de conduire de la date de sa remise en liberté à celle du prononcé de la peine (deux ans et trois mois).

[15] Enfin, ce pourvoi porte également sur la recevabilité d'une preuve nouvelle. En l'espèce, il s'agissait de la preuve de deux manquements par l'intimé aux engagements qu'il avait pris. La Cour

found that the fresh evidence was inadmissible. Unlike the Court of Appeal, I am of the opinion that the evidence was admissible and that it provided information that was relevant to the determination of a just and appropriate sentence.

[16] In short, I respectfully find that the Court of Appeal erred in intervening, without valid grounds, to substitute a sentence it considered appropriate for the one that had been imposed by the trial judge. Even though the trial judge had made an error in principle by considering an element of the offence as an aggravating factor, that error had clearly had no impact on the sentence, which, moreover, was not demonstrably unfit. In this sense, the Court of Appeal erred in basing its intervention on the fact that the sentence fell outside the sentencing range established by the courts, while disregarding the criteria that are normally applied in the determination of a just and appropriate sentence. It also failed completely to address the factor relating to the local situation, that is, to the frequency of the type of offence at issue, on which the trial judge had relied. For these reasons, the appeal should be allowed and the sentence of imprisonment imposed by the trial judge should be restored.

II. Background and Judicial History

A. *Facts*

[17] The respondent pleaded guilty to two counts of alcohol-impaired driving causing death, an offence under s. 255(3) of the *Criminal Code*. The parties filed a joint statement of facts. The following facts taken from it are relevant for the purposes of this appeal.

[18] On June 17, 2011, at about 4:00 a.m., Tommy Lacasse, the respondent in this appeal, lost control of his vehicle while entering a curve on a country road in Sainte-Aurélie in the Beauce region. He was speeding, and his ability to drive was impaired by alcohol. Nadia Pruneau, who was celebrating her 18th birthday that night, and Caroline Fortier, aged 17, were in the back seat of the vehicle. They both died instantly. Neither the vehicle's mechanical

d'appel a déclaré irrecevable cette preuve nouvelle. Contrairement à la Cour d'appel, je suis d'avis que cette preuve était recevable et jetait un éclairage pertinent aux fins de la détermination de la peine juste et appropriée.

[16] En somme, avec égards, j'estime que la Cour d'appel a eu tort de substituer, sans motifs d'intervention valables, la peine qu'elle jugeait appropriée à celle prononcée par le juge de première instance. Même si ce dernier a commis une erreur de principe en considérant un élément de l'infraction à titre de facteur aggravant, il est clair que cette erreur n'a eu aucune incidence sur la détermination de la peine, laquelle n'était par ailleurs pas manifestement non indiquée. En ce sens, la Cour d'appel a fait erreur en appuyant son intervention sur un dépassement de la fourchette de peines établie par les tribunaux, sans tenir compte des critères habituellement appliqués dans la détermination d'une peine juste et appropriée. Elle a aussi totalement omis de se prononcer sur le facteur concernant la situation locale, à savoir la fréquence du type d'infraction en cause, facteur sur lequel s'est appuyé le premier juge. Pour ces motifs, il convient d'accueillir le pourvoi et de rétablir la peine d'incarcération infligée par le juge de première instance.

II. Contexte et historique judiciaire

A. *Contexte factuel*

[17] L'intimé a plaidé coupable à deux chefs d'accusation de conduite avec les capacités affaiblies par l'alcool causant la mort, infraction prévue au par. 255(3) du *Code criminel*. Les parties ont déposé un exposé conjoint des faits. Voici ce qu'il convient d'en retenir pour les besoins du présent pourvoi.

[18] Le 17 juin 2011, vers 4 h du matin, Tommy Lacasse, l'intimé dans cette affaire, a perdu la maîtrise de son véhicule en amorçant un virage dans un rang de campagne à Sainte-Aurélie, en Beauce, alors qu'il roulait à une vitesse excessive et que ses capacités étaient affaiblies par l'alcool. Nadia Pruneau, qui célébrait ce soir-là ses 18 ans, et Caroline Fortier, 17 ans, étaient assises sur la banquette arrière du véhicule. Les deux sont décédées sur le coup. Ni l'état

condition nor the weather contributed to the accident. The respondent is entirely responsible for it.

[19] The respondent admitted to having smoked a joint of cannabis at about 7:00 p.m., after which he had drunk four small beers between 7:30 p.m. and midnight, another between 1:00 and 2:30 a.m. and about 100 mL of a lemonade and vodka mixture between 10:30 and 11:00 p.m. The parties agreed that it was the alcohol and not the cannabis that had impaired the respondent's ability to drive.

[20] The collision investigation report concluded that the vehicle had been travelling at 130 km/h, whereas the recommended speed for taking the curve was 75 km/h. The vehicle skidded more than 60 metres before hitting the bottom of a ditch, lifting off the ground and rolling over several times.

[21] The respondent did not testify at the sentencing hearing, although the defence adduced some evidence to show that he had been deeply distressed during the weeks and months following the accident. The evidence also showed that he had become suicidal and had said that he wished he had died instead of the victims.

[22] At the time of the sentencing hearing, the respondent was 20 years old. He was living with his parents and working as an autobody repairer in his family's business. He did not have a criminal record, although he had been convicted of offences under the *Highway Safety Code*, CQLR, c. C-24.2, including three speeding offences.

B. *Court of Québec, 2013 QCCQ 11960*

[23] In the Court of Québec, the appellant asked for a sentence of six to eight years' imprisonment followed by a seven-year driving prohibition. The respondent suggested a sentence of no more than three years' imprisonment.

[24] Judge Couture began by listing the aggravating factors: the facts that the respondent had been intoxicated and had smoked cannabis, the context in which he had been drinking alcohol, the speed at

mécanique du véhicule ni les conditions météorologiques n'ont contribué à l'accident. L'intimé en est entièrement responsable.

[19] L'intimé a reconnu avoir fumé un joint de cannabis vers 19 h, puis avoir consommé quatre bières de petit format entre 19 h 30 et minuit, une autre entre 1 h et 2 h 30, ainsi qu'environ 100 ml d'un mélange de limonade et de vodka entre 22 h 30 et 23 h. Les parties ont toutefois reconnu que c'est l'alcool, et non le cannabis, qui avait causé l'affaiblissement de la capacité de conduire de l'intimé.

[20] Le rapport d'enquête de collision a conclu que le véhicule roulait à 130 km/h, alors que la vitesse recommandée pour prendre le virage était de 75 km/h. Le véhicule a dérapé sur plus de 60 mètres avant de heurter le fond d'un fossé, de quitter le sol et de faire plusieurs tonneaux.

[21] L'intimé n'a pas témoigné lors de l'audience de détermination de la peine, mais la défense a présenté quelques éléments de preuve visant à démontrer que ce dernier était très perturbé au cours des semaines et des mois qui ont suivi l'accident. Il aurait formulé des idées suicidaires et affirmé qu'il aurait voulu mourir à la place des victimes.

[22] Au moment de l'audience de détermination de la peine, l'intimé était âgé de 20 ans. Il habitait chez ses parents et travaillait comme carrossier dans l'entreprise familiale. Il n'a pas d'antécédents judiciaires, mais a été condamné pour des infractions au *Code de la sécurité routière*, RLRQ, c. C-24.2, dont trois infractions de vitesse excessive.

B. *Cour du Québec, 2013 QCCQ 11960*

[23] Devant la Cour du Québec, l'appelante a réclamé une peine d'emprisonnement de six à huit ans, suivie d'une interdiction de conduire pendant sept ans. L'intimé a suggéré une peine d'au plus trois ans d'emprisonnement.

[24] Le juge Couture a d'abord énuméré les facteurs aggravants : l'état d'ébriété de l'intimé, sa consommation de cannabis, le contexte de sa consommation d'alcool, la vitesse à laquelle il circulait, son

which he had been driving, his driving record with the Société de l'assurance automobile du Québec, the number of victims and the impact of the accident on the victims' families. He also identified a few mitigating factors, but he reduced the weight to be attached to them, except as regards the fact that the presentence report was favourable to the respondent.

[25] More specifically, Judge Couture attached less weight to the fact that the respondent had pleaded guilty on the ground that he had done so relatively late, long after he was in a position to make decisions about the conduct of his trial. Judge Couture also attached less weight to the fact that the respondent did not have a criminal record, because in his view, the offence was one that was likely to be committed by people who do not have criminal records. He relied in this regard on this Court's decision in *Proulx*, at para. 129. He also noted that the respondent had sustained injuries, but pointed out that this was merely a consequence of the respondent's own actions. In addition, Judge Couture reduced the weight attached to the respondent's youth.

[26] After reiterating the principle of proportionality together with the principle of parity of sentences, Judge Couture stressed the importance of individualizing sentences and the need to emphasize the objectives of deterrence and denunciation where crimes involving impaired driving are concerned. He specified that sentencing ranges are only guidelines, and not hard and fast rules. He added that, in the case of impaired driving offences, it is the most law-abiding citizens who must be targeted in an approach based on deterrence and denunciation.

[27] Furthermore, Judge Couture emphasized the particular situation in the Beauce region, where approximately one in five cases involves an impaired driving offence. He even posed the question whether driving while impaired is trivialized more there than elsewhere.

[28] In the end, he found that the aggravating circumstances outweighed the mitigating circumstances in this case.

dossier de conduite à la Société de l'assurance automobile du Québec, le nombre de victimes, ainsi que les séquelles de l'accident pour les familles de celles-ci. Il a également retenu quelques facteurs atténuants, mais il en a minimisé l'importance, sauf en ce qui a trait au rapport présentenciel favorable à l'intimé.

[25] Plus particulièrement, le juge Couture a minimisé l'importance du plaidoyer de culpabilité, au motif que celui-ci avait été tardif, l'intimé ayant été en mesure bien avant ce plaidoyer de prendre des décisions sur la conduite de son procès. Le juge Couture a également minimisé l'absence d'antécédents judiciaires puisque l'infraction, selon lui, en était une susceptible d'être commise par des citoyens sans antécédents judiciaires. Le juge Couture s'est appuyé à cet égard sur l'arrêt de notre Cour dans *Proulx*, par. 129. Il a aussi noté que l'intimé avait subi des blessures, mais il a souligné qu'il ne s'agissait que des conséquences de son propre geste. Le juge Couture a en outre minimisé l'importance du jeune âge de l'intimé.

[26] Après avoir rappelé le principe de la proportionnalité de même que celui de l'harmonisation des peines, le juge Couture a souligné l'importance de leur individualisation et la nécessité de privilégier les objectifs de dissuasion et de dénonciation en matière de crimes relatifs à la conduite avec les capacités affaiblies. Il a précisé que les fourchettes de peines ne constituent que des lignes directrices et non des règles absolues. Il a ajouté que, dans le cas des infractions de conduite avec les capacités affaiblies, ce sont les citoyens les plus respectueux des lois qui doivent être ciblés dans une démarche de dissuasion et de dénonciation.

[27] Par ailleurs, le juge Couture a insisté sur la situation particulière de la région de la Beauce, où environ une cause sur cinq est liée à une infraction de conduite avec les capacités affaiblies. Il s'est même demandé si ce genre de conduite y est banalisé plus qu'ailleurs.

[28] Enfin, il a conclu que les circonstances aggravantes l'emportaient sur les circonstances atténuantes en l'espèce.

[29] For all these reasons, Judge Couture sentenced the respondent, on each count of impaired driving causing death, to six years and six months' imprisonment minus the period of one month the respondent had spent in pre-trial detention; the two sentences were to be served concurrently. He also prohibited the respondent from operating a vehicle for a period of 11 years starting from the sentencing date.

C. *Quebec Court of Appeal, 2014 QCCA 1061*

[30] The Court of Appeal essentially focused its analysis on the application of the sentencing range outlined in *R. v. Comeau*, 2008 QCCQ 4804, which it had confirmed in *R. v. Paré*, 2011 QCCA 2047. According to that range, which is divided into three categories, sentences are to be imposed as follows:

- (1) lenient sentences varying between 18 months' and three years' imprisonment where the predominant factors favour the accused;
- (2) harsh sentences varying between three and six years' imprisonment where the factors of deterrence and denunciation outweigh the personal factors of the accused;
- (3) very harsh sentences varying between six and nine years' imprisonment where personal factors are unfavourable to the accused, and even more severe sentences are possible [TRANSLATION] "when circumstances approach the worst-case situations" (*Paré*, at para. 21 (CanLII)).

[31] The Court of Appeal noted that the trial judge had placed the sentence he imposed at the lower end of the sentences in the third category, adding that personal factors unfavourable to the accused are normally what explain a move from the second to the third category. But, it stated, such factors were almost non-existent in this case.

[32] The Court of Appeal found that the sentence of six years and five months was excessive because it departed from the principle of proportionality. In the court's opinion, the trial judge should have given greater consideration to the respondent's potential

[29] Pour toutes ces raisons, le juge Couture a condamné l'intimé à une peine de six ans et six mois d'emprisonnement, moins la période d'un mois en détention préventive, pour chaque chef d'accusation de conduite avec les capacités affaiblies ayant causé la mort, à purger concurremment. De plus, il a interdit à l'intimé de conduire un véhicule pendant une période de 11 ans à compter de la date du prononcé de la peine.

C. *Cour d'appel du Québec, 2014 QCCA 1061*

[30] La Cour d'appel a essentiellement fait porter son examen sur l'application de la fourchette de peines énoncée dans la décision *R. c. Comeau*, 2008 QCCQ 4804, qu'elle a confirmée dans l'arrêt *R. c. Paré*, 2011 QCCA 2047. Cette fourchette, qui se divise en trois catégories, prévoit l'infliction des peines selon l'échelle suivante :

- (1) des peines clémentes, variant de 18 mois à trois ans de détention, lorsque les facteurs prééminents favorisent l'accusé;
- (2) des peines sévères, variant de trois ans à six ans de détention, lorsque les facteurs de dissuasion et de dénonciation l'emportent sur les facteurs personnels de l'accusé;
- (3) des peines très sévères, variant de six à neuf ans de détention lorsque les facteurs personnels à l'accusé lui sont défavorables, ou des peines supérieures « lorsque l'on se rapproche du scénario des pires affaires » (*Paré*, par. 21 (CanLII)).

[31] La Cour d'appel a souligné que le juge de première instance avait classé la peine infligée dans la gamme inférieure des peines de la troisième catégorie, ajoutant que ce sont les facteurs personnels défavorables à l'accusé qui normalement expliquent le passage de la deuxième à la troisième catégorie. Or, selon la Cour d'appel, de tels facteurs étaient pratiquement inexistantes en l'espèce.

[32] La Cour d'appel a jugé que la peine de six ans et cinq mois était excessive au motif qu'elle dérogeait au principe de la proportionnalité. Selon elle, le juge de première instance aurait dû tenir compte davantage du potentiel de réinsertion sociale

for rehabilitation and placed less emphasis on the objective of making an example of an offender.

[33] The Court of Appeal accordingly replaced the sentence imposed by the trial judge with one of four years' imprisonment minus one month for the period of pre-trial detention. It also reduced the length of the driving prohibition to four years commencing at the end of the respondent's incarceration.

[34] In addition, the Court of Appeal held that the fresh evidence the appellant wanted to adduce was inadmissible. The record showed that the respondent had breached two recognizances with which he had agreed to comply while awaiting trial. First, he had failed to comply with the terms of a curfew imposed on him by the court and, second, he had contacted Maxime Pruneau, the brother of one of the victims, although he was prohibited from doing so. According to the Court of Appeal, this fresh evidence was inadmissible because the breaches in question had been punished separately, by an additional 15 days' imprisonment. Moreover, they were not indicative of a risk of the respondent's reoffending in this case. The Court of Appeal also held that the fresh evidence in question was unlikely to affect the result of the appeal, because the disparity between the sentence imposed at trial and the one that, in the court's opinion, had to be substituted for it was too great.

III. Issues

[35] The appeal raises the following issues:

1. Was it open to the Court of Appeal to substitute the sentence it considered appropriate for the one imposed by the trial judge, primarily on the basis that the trial judge had deviated from the sentencing range established by the courts for impaired driving offences?
2. Was it open to the trial judge to consider the frequency of impaired driving in the region where the offence was committed as a relevant sentencing factor? If so, was it open to the Court of

de l'intimé et mettre moins l'accent sur l'objectif d'exemplarité.

[33] Elle a donc substitué à la peine infligée par le juge de première instance une peine de quatre ans d'emprisonnement, de laquelle elle a soustrait un mois pour tenir compte de la période de détention préventive. Elle a aussi réduit à quatre ans la période d'interdiction de conduire, période commençant à courir à compter de la fin de l'incarcération.

[34] Par ailleurs, la Cour d'appel a déclaré irrecevable la preuve nouvelle que désirait présenter l'appelante. Le dossier révélait que l'intimé avait enfreint deux engagements auxquels il avait accepté de se soumettre en attendant la tenue de son procès. D'abord, il n'avait pas respecté les modalités du couvre-feu que le tribunal lui avait imposé et, ensuite, il avait communiqué avec Maxime Pruneau, le frère d'une des victimes, alors que cela lui avait été interdit. Selon la Cour d'appel, cette preuve nouvelle était irrecevable car les manquements en cause ont fait l'objet d'une sanction distincte, à savoir 15 jours d'emprisonnement additionnels. De plus, ces manquements ne permettaient pas de déceler un risque de récidive en l'espèce. La Cour d'appel a également jugé que ladite preuve nouvelle n'était pas susceptible d'influer sur le résultat du pourvoi vu l'importance de l'écart entre la peine prononcée en première instance et celle qui, à son avis, devait lui être substituée.

III. Questions en litige

[35] Le pourvoi soulève les questions suivantes :

1. La Cour d'appel pouvait-elle substituer la peine qu'elle jugeait appropriée à celle infligée par le juge de première instance, principalement au motif que celui-ci se serait écarté de la fourchette de peines établie par les tribunaux en matière d'infractions de conduite avec les capacités affaiblies?
2. Le juge de première instance pouvait-il considérer la fréquence de la conduite avec les capacités affaiblies dans la région où l'infraction a été commise en tant que facteur pertinent dans la

Appeal to disregard this factor in analyzing the fitness of the sentence?

3. Were the length and the other terms of the driving prohibition imposed by the trial judge appropriate?
4. Did the Court of Appeal err in holding that the fresh evidence the appellant wished to file was inadmissible?

IV. Analysis

A. *Standard for Intervention on an Appeal From a Sentence*

[36] Appellate courts generally play a dual role in ensuring the consistency, stability and permanence of the case law in both the criminal and civil law contexts. First, they act as a safeguard against errors made by trial courts and are thus required to rectify errors of law and review the reasonableness of the exercise of discretion. They must ensure that trial courts state the law correctly and apply it uniformly.

[37] Second, appellate courts must ensure the coherent development of the law while formulating guiding principles to ensure that it is applied consistently in a given jurisdiction. They must therefore clarify the law where clarification is necessary or where conflicting decisions have been rendered: T. Desjardins, *L'appel en droit criminel et pénal* (2nd ed. 2012), at p. 1. In Quebec, the Court of Appeal has an additional responsibility in civil cases, since it ensures the harmonious interpretation of the distinctive rules of Quebec civil law.

[38] In the criminal law context, appellate courts play this dual role in appeals from both verdicts and sentences. In the case of an appeal from a sentence, the power of an appellate court to substitute a sentence for the one imposed by the trial judge is provided for in s. 687 of the *Criminal Code*:

détermination de la peine? Si oui, la Cour d'appel pouvait-elle en faire abstraction dans son analyse de la justesse de la peine infligée?

3. La durée et les autres modalités de l'interdiction de conduire imposée par le juge de première instance étaient-elles appropriées?
4. La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en déclarant irrecevable la preuve nouvelle que souhaitait déposer l'appelante?

IV. Analyse

A. *Norme d'intervention en appel d'une sentence*

[36] En général, les cours d'appel jouent un double rôle en matière de contrôle de la cohérence, de la stabilité et de la pérennité de la jurisprudence tant en droit criminel qu'en droit civil. D'une part, elles font office de rempart contre les erreurs commises par les tribunaux de première instance. Elles sont ainsi appelées à rectifier les erreurs de droit et à contrôler la raisonnable de l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Il leur revient de veiller à ce que les tribunaux de première instance énoncent correctement le droit et l'appliquent uniformément.

[37] D'autre part, les cours d'appel doivent voir au développement cohérent du droit, tout en énonçant des lignes directrices propres à en assurer une application homogène à l'intérieur d'un même territoire. Elles sont donc appelées à clarifier le droit lorsque la chose est nécessaire ou en cas de décisions contradictoires : T. Desjardins, *L'appel en droit criminel et pénal* (2^e éd. 2012), p. 1. Au Québec, la Cour d'appel assume une responsabilité additionnelle en matière civile, en ce qu'elle veille à l'interprétation harmonieuse des règles particulières du droit civil québécois.

[38] En droit criminel, ce double rôle des cours d'appel s'exerce tant à l'égard de l'appel d'un verdict que de l'appel d'une peine. En cas d'appel d'une sentence, le pouvoir d'une cour d'appel de substituer une peine à celle fixée par le juge de première instance est prévu à l'art. 687 du *Code criminel* :

687. (1) Where an appeal is taken against sentence, the court of appeal shall, unless the sentence is one fixed by law, consider the fitness of the sentence appealed against, and may on such evidence, if any, as it thinks fit to require or to receive,

(a) vary the sentence within the limits prescribed by law for the offence of which the accused was convicted; or

(b) dismiss the appeal.

(2) A judgment of a court of appeal that varies the sentence of an accused who was convicted has the same force and effect as if it were a sentence passed by the trial court.

[39] This Court has reiterated on many occasions that appellate courts may not intervene lightly, as trial judges have a broad discretion to impose the sentence they consider appropriate within the limits established by law: s. 718.3(1) of the *Criminal Code*; see also *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, at para. 46; *R. v. L.M.*, 2008 SCC 31, [2008] 2 S.C.R. 163, at para. 14; *R. v. L.F.W.*, 2000 SCC 6, [2000] 1 S.C.R. 132, at para. 25; *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206, at paras. 43-46.

[40] In this regard, Iacobucci J. explained in *Shropshire* that consideration of the fitness of a sentence does not justify an appellate court taking an interventionist approach on appeal:

An appellate court should not be given free rein to modify a sentencing order simply because it feels that a different order ought to have been made. The formulation of a sentencing order is a profoundly subjective process; the trial judge has the advantage of having seen and heard all of the witnesses whereas the appellate court can only base itself upon a written record. A variation in the sentence should only be made if the court of appeal is convinced it is not fit. That is to say, that it has found the sentence to be clearly unreasonable. [para. 46]

[41] In *Proulx*, this Court, per Lamer C.J., discussed these same principles, which continue to be relevant:

687. (1) S'il est interjeté appel d'une sentence, la cour d'appel considère, à moins que la sentence n'en soit une que détermine la loi, la justesse de la sentence dont appel est interjeté et peut, d'après la preuve, le cas échéant, qu'elle croit utile d'exiger ou de recevoir :

a) soit modifier la sentence dans les limites prescrites par la loi pour l'infraction dont l'accusé a été déclaré coupable;

b) soit rejeter l'appel.

(2) Un jugement d'une cour d'appel modifiant la sentence d'un accusé qui a été déclaré coupable a la même vigueur et le même effet que s'il était une sentence prononcée par le tribunal de première instance.

[39] Notre Cour a maintes fois réitéré que les cours d'appel ne peuvent intervenir à la légère. En effet, le juge de première instance jouit d'une grande discrétion pour prononcer la peine qui lui semble appropriée dans les limites déterminées par la loi : par. 718.3(1) du *Code criminel*; voir aussi *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, par. 46; *R. c. L.M.*, 2008 CSC 31, [2008] 2 R.C.S. 163, par. 14; *R. c. L.F.W.*, 2000 CSC 6, [2000] 1 R.C.S. 132, par. 25; *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206, par. 43-46.

[40] À cet égard, dans *Shropshire*, le juge Iacobucci a expliqué que l'examen de la justesse d'une peine ne justifie pas l'adoption d'une approche interventionniste en appel :

Une cour d'appel ne devrait pas avoir toute latitude pour modifier une ordonnance relative à la détermination de la peine simplement parce qu'elle estime qu'une ordonnance différente aurait dû être rendue. La formulation d'une ordonnance relative à la détermination de la peine est un processus profondément subjectif; le juge du procès a l'avantage d'avoir vu et entendu tous les témoins, tandis que la cour d'appel ne peut se fonder que sur un compte rendu écrit. Il n'y a lieu de modifier la peine que si la cour d'appel est convaincue qu'elle n'est pas indiquée, c'est-à-dire si elle conclut que la peine est nettement déraisonnable. [par. 46]

[41] Dans *Proulx*, sous la plume du juge en chef Lamer, notre Cour a rappelé ces mêmes principes, qui demeurent toujours pertinents :

In recent years, this Court has repeatedly stated that the sentence imposed by a trial court is entitled to considerable deference from appellate courts: see *Shropshire, supra*, at paras. 46-50; *M. (C.A.), supra*, at paras. 89-94; *McDonnell, supra*, at paras. 15-17 (majority); *R. v. W. (G.)*, [1999] 3 S.C.R. 597, at paras. 18-19. In *M. (C.A.)*, at para. 90, I wrote:

Put simply, absent an error in principle, failure to consider a relevant factor, or an overemphasis of the appropriate factors, a court of appeal should only intervene to vary a sentence imposed at trial if the sentence is demonstrably unfit. Parliament explicitly vested sentencing judges with a discretion to determine the appropriate degree and kind of punishment under the *Criminal Code*. [First emphasis added; second emphasis in original.]

Although an appellate court might entertain a different opinion as to what objectives should be pursued and the best way to do so, that difference will generally not constitute an error of law justifying interference. Further, minor errors in the sequence of application of s. 742.1 may not warrant intervention by appellate courts. Again, I stress that appellate courts should not second-guess sentencing judges unless the sentence imposed is demonstrably unfit. [paras. 123 and 125]

These principles have since been reiterated in *L.M.* and *Nasogaluak*.

[42] My colleague states that a sentence may be unfit if there is a reviewable error in the thought process or reasoning on which it is based (para. 140). For this reason, in his view, where there is a reviewable error in the trial judge's reasoning, for example where the judge has characterized an element of the offence as an aggravating factor (para. 146), it is always open to an appellate court to intervene to assess the fitness of the sentence imposed by the trial judge. Having done so, the court can then affirm that sentence if it considers the sentence to be fit, or impose the sentence it considers appropriate without

Au cours des dernières années, notre Cour a maintes fois réaffirmé que les cours d'appel doivent faire montre de beaucoup de retenue à l'égard de la peine infligée par le juge du procès: voir *Shropshire*, précité, aux par. 46 à 50; *M. (C.A.)*, précité, aux par. 89 à 94; *McDonnell*, précité, aux par. 15 à 17 (motifs de la majorité); *R. c. W. (G.)*, [1999] 3 R.C.S. 597, aux par. 18 et 19. Dans *M. (C.A.)*, j'ai écrit ceci, au par. 90 :

Plus simplement, sauf erreur de principe, omission de prendre en considération un facteur pertinent ou insistance trop grande sur les facteurs appropriés, une cour d'appel ne devrait intervenir pour modifier la peine infligée au procès que si elle n'est manifestement pas indiquée. Le législateur fédéral a conféré expressément aux juges chargés de prononcer les peines le pouvoir discrétionnaire de déterminer le genre de peine qui doit être infligée en vertu du *Code criminel* et l'importance de celle-ci. [Premier soulignement ajouté; deuxième soulignement dans l'original.]

Bien qu'une cour d'appel puisse ne pas avoir la même opinion que le juge du procès sur les objectifs qu'il convient de poursuivre et sur la meilleure façon de les réaliser, une telle divergence d'opinions ne constitue généralement pas une erreur de droit lui permettant d'intervenir. En outre, des erreurs mineures dans la séquence d'application de l'art. 742.1 ne justifient pas toujours l'intervention des cours d'appel. Encore une fois, je souligne que les cours d'appel ne doivent pas remettre en question la décision du juge qui prononce la peine à moins que celle-ci ne soit manifestement inappropriée. [par. 123 et 125]

Ces principes ont depuis été réitérés dans les arrêts *L.M.* et *Nasogaluak*.

[42] Mon collègue affirme qu'une peine peut ne pas être juste si le processus de réflexion ou le raisonnement sur lequel elle est fondée est entaché d'une erreur révisable (par. 140). Pour cette raison, à son avis, lorsque le raisonnement du juge de première instance est entaché d'une erreur révisable, par exemple si ce dernier a caractérisé un élément constitutif de facteur aggravant (par. 146), une cour d'appel est alors toujours en droit d'intervenir pour évaluer la justesse de la peine infligée par le juge de première instance. Ce faisant, elle peut alors confirmer cette peine si elle la considère juste, ou infliger

having to show deference (paras. 139 and 142). In other words, any error of law or error in principle in a trial judge's analysis will open the door to intervention by an appellate court, which can then substitute its own opinion for that of the trial judge.

[43] With all due respect for my colleague, I am of the view that his comments on this point need to be qualified. I agree that an error in principle, the failure to consider a relevant factor or the erroneous consideration of an aggravating or mitigating factor can justify the intervention of an appellate court and permit that court to inquire into the fitness of the sentence and replace it with the sentence it considers appropriate. However, in my opinion, every such error will not necessarily justify appellate intervention regardless of its impact on the trial judge's reasoning. If the rule were that strict, its application could undermine the discretion conferred on sentencing judges. It is therefore necessary to avoid a situation in which [TRANSLATION] "the term 'error in principle' is trivialized": *R. v. Lévesque-Chaput*, 2010 QCCA 640, at para. 31 (CanLII).

[44] In my view, an error in principle, the failure to consider a relevant factor or the erroneous consideration of an aggravating or mitigating factor will justify appellate intervention only where it appears from the trial judge's decision that such an error had an impact on the sentence.

[45] For example, in *R. v. Gavin*, 2009 QCCA 1, the Quebec Court of Appeal found, first, that the trial judge had erred in considering a lack of remorse and the manner in which the defence had been conducted as aggravating circumstances (para. 29 (CanLII)). However, it then considered the impact of that error on the sentence and stated the following, at para. 35 :

[TRANSLATION] I find that the lack of remorse was a secondary factor in the trial judge's assessment. This

la peine qu'elle estime appropriée sans avoir à faire preuve de déférence (par. 139 et 142). En d'autres mots, dès qu'un juge de première instance commet dans son analyse une erreur de droit ou de principe, quelle qu'elle soit, cette erreur ouvre la porte à l'intervention d'une cour d'appel, laquelle peut substituer son opinion à celle du juge du procès.

[43] Avec égards pour l'opinion exprimée par mon collègue, je suis d'avis que ses propos à ce sujet doivent être nuancés. Je reconnais que la présence d'une erreur de principe, l'omission de tenir compte d'un facteur pertinent ou encore la considération erronée d'un facteur aggravant ou atténuant peut justifier l'intervention d'une cour d'appel, et lui permettre d'évaluer la justesse de la peine et d'y substituer la peine qu'elle estime appropriée. Cependant, je suis d'avis que ce ne sont pas toutes les erreurs de ce genre, quel que soit leur impact sur le raisonnement du premier juge, qui autorisent une cour d'appel à intervenir. L'application d'une règle aussi stricte risquerait de miner la discrétion accordée au juge de première instance. En conséquence, il faut éviter de « banaliser l'expression "erreur de principe" » : *R. c. Lévesque-Chaput*, 2010 QCCA 640, par. 31 (CanLII).

[44] À mon avis, la présence d'une erreur de principe, l'omission de tenir compte d'un facteur pertinent ou encore la considération erronée d'un facteur aggravant ou atténuant ne justifiera l'intervention d'une cour d'appel que lorsqu'il appert du jugement de première instance qu'une telle erreur a eu une incidence sur la détermination de la peine.

[45] À titre d'exemple, dans l'arrêt *R. c. Gavin*, 2009 QCCA 1, la Cour d'appel du Québec a conclu, dans un premier temps, que le juge de première instance avait erronément considéré l'absence de remords et la manière de conduire la défense à titre de circonstances aggravantes (par. 29 (CanLII)). Cependant, dans un deuxième temps, elle a considéré l'impact que cette erreur avait eu sur la détermination de la peine et affirmé ce qui suit, au par. 35 de son jugement :

J'estime que l'absence de remords fut un facteur secondaire dans l'évaluation du juge de première instance.

is apparent in the wording of the judgment. The judge referred to and considered all of the relevant sentencing factors, and the issue of lack of remorse was nothing more than incidental. . . . Consequently, unless the Court finds that the sentence imposed was harsher because the judge erroneously determined that the defence's conduct (as in *R. v. Beauchamp, supra*) and the lack of remorse were aggravating circumstances, this error in principle had no real effect on the sentence. Essentially, therefore, our task now is to ensure that the sentence is not clearly unreasonable

Thus, the Court of Appeal, finding that the error in principle made by the trial judge was not determinative and had had no effect on the sentence, rightly concluded that the error in question could not on its own justify the court's intervention. This ultimately led the court to inquire into whether the sentence was clearly unreasonable having regard to the circumstances.

[46] The Quebec Court of Appeal also adopted this reasoning in *R. v. Sidhu*, 2009 QCCA 2441. As in *Gavin*, the trial judge had considered lack of remorse as an aggravating factor (para. 23 (Can-LII)), but the Court of Appeal found that this error was not determinative and had had no effect on the sentence (para. 24). Since the sentence the judge imposed would not have been different had there been no mistake in that respect (para. 26), the error was not reviewable (para. 55). Thus, rather than simply substituting its opinion for that of the trial judge because he had made an error in principle, the Court of Appeal limited itself to considering whether, independently of that error, the sentence was unreasonable or demonstrably unfit. On finding that that was not the case, it decided not to intervene (para. 55).

[47] On this issue, the impact of two decisions cited by my colleague in support of his opinion that any error of law or error in principle justifies the intervention of a court of appeal needs to be clarified and qualified. In *R. v. Flight*, 2014 ABCA 380, 584 A.R. 392, the Alberta Court of Appeal found that the trial judge had erred in considering the consumption

La facture du jugement le démontre. Le juge a mentionné et tenu compte de tous les facteurs pertinents à la détermination de la peine et la question de l'absence de remords n'a été qu'incidente. [. . .] Par conséquent, cette erreur de principe n'aura pas eu d'incidence véritable sur la détermination de la peine à moins que la Cour en vienne à la conclusion que la peine infligée fut plus sévère au motif que le juge a erronément retenu à titre de circonstance aggravante la manière de conduire la défense (comme ce fut le cas dans *R. c. Beauchamp, précité*) et l'absence de remords. Il s'agit donc essentiellement maintenant de s'assurer que la peine n'est pas nettement déraisonnable

Jugeant que l'erreur de principe commise par le juge de première instance n'était pas déterminante et n'avait eu aucune incidence sur la détermination de la peine, la Cour d'appel a, avec raison, considéré que l'erreur en question ne pouvait à elle seule justifier son intervention. C'est pour cette raison qu'elle s'est ultimement demandé si la peine était nettement déraisonnable eu égard aux circonstances.

[46] Ce raisonnement a également été retenu par la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *R. c. Sidhu*, 2009 QCCA 2441. Tout comme dans *Gavin*, le juge de première instance avait considéré l'absence de remords comme un facteur aggravant (par. 23 (Can-LII)). Cependant, la Cour d'appel a estimé que cette erreur n'était pas déterminante et n'avait eu aucun impact sur la détermination de la peine (par. 24). Jugeant que la peine infligée n'aurait pas été différente en l'absence de l'erreur en question (par. 26), il ne s'agissait pas d'une erreur révisable (par. 55). En conséquence, au lieu de simplement substituer son opinion à celle du juge de première instance en raison d'une erreur de principe, la Cour d'appel s'est plutôt limitée à se demander si la peine était déraisonnable ou manifestement inappropriée nonobstant cette erreur. En concluant que non, elle a décidé de ne pas intervenir (par. 55).

[47] À ce sujet, j'estime que l'impact de deux décisions citées par mon collègue à l'appui de son opinion suivant laquelle une cour d'appel peut intervenir en cas d'erreur de droit ou de principe, quelle qu'elle soit, doit être précisé et nuancé. Dans l'arrêt *R. c. Flight*, 2014 ABCA 380, 584 A.R. 392, la Cour d'appel de l'Alberta a conclu que la juge de

of alcohol and the death of a victim as aggravating circumstances where the accused was charged with impaired driving causing death (para. 4). The Court of Appeal therefore intervened to substitute its own opinion for that of the trial judge on the ground that the judge had erred in principle. However, the court explained that it was difficult to determine what weight the trial judge had given to the aggravating factors at issue in her judgment (para. 5). And in *Stimson*, the Alberta Court of Appeal identified at least four errors in principle in the trial judge's reasons, and there was no doubt that they had affected his analysis (paras. 20-27). The Court of Appeal's intervention was therefore clearly warranted.

[48] The reminder given by this Court about showing deference to a trial judge's exercise of discretion is readily understandable. First, the trial judge has the advantage of having observed the witnesses in the course of the trial and having heard the parties' sentencing submissions. Second, the sentencing judge is usually familiar with the circumstances in the district where he or she sits and therefore with the particular needs of the community in which the crime was committed: *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 91. Finally, as Doherty J.A. noted in *R. v. Ramage*, 2010 ONCA 488, 257 C.C.C. (3d) 261, the appropriate use of judicial resources is a consideration that must never be overlooked:

Appellate repetition of the exercise of judicial discretion by the trial judge, without any reason to think that the second effort will improve upon the results of the first, is a misuse of judicial resources. The exercise also delays the final resolution of the criminal process, without any countervailing benefit to the process. [para. 70]

[49] For the same reasons, an appellate court may not intervene simply because it would have weighed the relevant factors differently. In *Nasogaluak*, LeBel

première instance avait commis une erreur en considérant que la consommation d'alcool et le décès d'une victime constituaient des circonstances aggravantes dans un cas de conduite avec les capacités affaiblies causant la mort (par. 4). La Cour d'appel est en conséquence intervenue et a substitué son opinion à celle de la juge de première instance, au motif que celle-ci avait commis une erreur de principe. Elle a toutefois précisé qu'il était difficile dans l'affaire en question d'évaluer l'importance que la juge avait accordée aux facteurs aggravants en cause dans son jugement (par. 5). De plus, dans l'arrêt *Stimson*, la Cour d'appel de l'Alberta a relevé au moins quatre erreurs de principe dans le jugement de première instance, lesquelles ont bel et bien eu un impact sur l'analyse du juge (par. 20-27). Pour cette raison, son intervention était nettement justifiée.

[48] Le rappel formulé par notre Cour en faveur du respect du pouvoir discrétionnaire exercé par le juge de première instance s'explique aisément. D'abord, ce dernier a l'avantage d'avoir pu observer les témoins au procès et d'avoir pu entendre les observations formulées lors des plaidoiries sur la peine. Ensuite, le juge qui prononce la peine connaît habituellement bien les circonstances qui existent dans le district où il siège et, de ce fait, les besoins particuliers de la communauté dans laquelle le crime a été commis : *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 91. Enfin, comme le souligne le juge Doherty dans l'arrêt *R. c. Ramage*, 2010 ONCA 488, 257 C.C.C. (3d) 261, l'utilisation judicieuse des ressources judiciaires est une considération qu'il ne faut jamais perdre de vue :

[TRADUCTION] Constitue une utilisation abusive des ressources judiciaires le fait pour une cour d'appel de répéter l'exercice d'appréciation discrétionnaire déjà effectué par le juge de première instance, en l'absence de raison de croire que ce second effort donnera de meilleurs résultats que le premier. En outre, cette intervention retarde l'issue définitive du processus criminel engagé, sans avantage corrélatif pour celui-ci. [par. 70]

[49] Pour les mêmes raisons, une cour d'appel ne peut intervenir simplement parce qu'elle aurait attribué un poids différent aux facteurs pertinents.

J. referred to *R. v. McKnight* (1999), 135 C.C.C. (3d) 41 (Ont. C.A.), at para. 35, in this regard:

To suggest that a trial judge commits an error in principle because in an appellate court's opinion the trial judge gave too much weight to one relevant factor or not enough weight to another is to abandon deference altogether. The weighing of relevant factors, the balancing process is what the exercise of discretion is all about. To maintain deference to the trial judge's exercise of discretion, the weighing or balancing of relevant factors must be assessed against the reasonableness standard of review. Only if by emphasizing one factor or by not giving enough weight to another, the trial judge exercises his or her discretion unreasonably should an appellate court interfere with the sentence on the ground the trial judge erred in principle. [para. 46]

[50] The Quebec Court of Appeal commented to the same effect in *Lévesque-Chaput*, at para. 31:

[TRANSLATION] There is no doubt that he focused on the mitigating circumstances, overemphasizing them in the appellant's opinion, but that balancing exercise was within his jurisdiction and the reasons he gave make it easy to follow his reasoning.

[51] Furthermore, the choice of sentencing range or of a category within a range falls within the trial judge's discretion and cannot in itself constitute a reviewable error. An appellate court may not therefore intervene on the ground that it would have put the sentence in a different range or category. It may intervene only if the sentence the trial judge imposed is demonstrably unfit.

[52] It is possible for a sentence to be demonstrably unfit even if the judge has made no error in imposing it. As Laskin J.A. mentioned, writing for the Ontario Court of Appeal, the courts have used a variety of expressions to describe a sentence that is "demonstrably unfit": "clearly unreasonable", "clearly or manifestly excessive", "clearly excessive or inadequate", or representing a "substantial and marked

En effet, dans *Nasogaluak*, le juge LeBel se réfère à l'arrêt *R. c. McKnight* (1999), 135 C.C.C. (3d) 41 (C.A. Ont.), par. 35, à cet égard :

[TRADUCTION] Suggérer que le juge de première instance a commis une erreur de principe parce que, de l'avis du tribunal d'appel, il a accordé trop de poids à un facteur pertinent ou trop peu à un autre équivaut à faire fi de toute déférence. La pondération des facteurs pertinents, le processus de mise en balance, voilà l'objet de l'exercice du pouvoir discrétionnaire. La déférence dont il faut faire preuve à l'égard des décisions prises par le juge dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire commande qu'on évalue la façon dont il a soupesé ou mis en balance les différents facteurs au regard de la norme de contrôle de la raisonabilité. Ce n'est que si le juge du procès a exercé son pouvoir discrétionnaire de façon déraisonnable, en insistant trop sur un facteur ou en omettant d'accorder suffisamment d'importance à un autre, que le tribunal d'appel pourra modifier la peine au motif que le juge a commis une erreur de principe. [par. 46]

[50] Les propos de la Cour d'appel du Québec au par. 31 de sa décision dans *Lévesque-Chaput* vont dans le même sens :

Sans doute s'est-il arrêté sur les circonstances atténuantes avec une insistance que l'appelante juge trop grande, mais cet exercice de pondération est de son ressort et les motifs qu'il a livrés permettent aisément de suivre son raisonnement.

[51] En outre, le choix de la fourchette de peines ou de l'une de ses catégories relève de la discrétion du juge de première instance et ne peut, en soi, constituer une erreur révisable. Pour cette raison, une cour d'appel ne peut intervenir parce qu'elle aurait placé la peine dans une fourchette ou une catégorie différente. Elle ne peut intervenir que si la peine infligée est manifestement non indiquée.

[52] Il peut arriver que, même si le juge ne commet aucune erreur, la peine qu'il inflige soit manifestement non indiquée. Comme l'affirmait le juge Laskin de la Cour d'appel de l'Ontario, une peine [TRADUCTION] « manifestement non indiquée » a été décrite d'une multitude de façons dans la jurisprudence : peine « nettement déraisonnable » ou « manifestement déraisonnable », « nettement ou

departure” (*R. v. Rezaie* (1996), 31 O.R. (3d) 713 (C.A.), at p. 720). All these expressions reflect the very high threshold that applies to appellate courts when determining whether they should intervene after reviewing the fitness of a sentence.

[53] This inquiry must be focused on the fundamental principle of proportionality stated in s. 718.1 of the *Criminal Code*, which provides that a sentence must be “proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender”. A sentence will therefore be demonstrably unfit if it constitutes an unreasonable departure from this principle. Proportionality is determined both on an individual basis, that is, in relation to the accused him or herself and to the offence committed by the accused, and by comparison with sentences imposed for similar offences committed in similar circumstances. Individualization and parity of sentences must be reconciled for a sentence to be proportionate: s. 718.2(a) and (b) of the *Criminal Code*.

[54] The determination of whether a sentence is fit also requires that the sentencing objectives set out in s. 718 of the *Criminal Code* and the other sentencing principles set out in s. 718.2 be taken into account. Once again, however, it is up to the trial judge to properly weigh these various principles and objectives, whose relative importance will necessarily vary with the nature of the crime and the circumstances in which it was committed. The principle of parity of sentences, on which the Court of Appeal relied, is secondary to the fundamental principle of proportionality. This Court explained this as follows in *M.* (C.A.):

It has been repeatedly stressed that there is no such thing as a uniform sentence for a particular crime. . . . Sentencing is an inherently individualized process, and the search for a single appropriate sentence for a similar offender and a similar crime will frequently be a fruitless exercise of academic abstraction. [para. 92]

manifestement excessive », « nettement excessive ou inadéquate », ou encore peine montrant un « écart marqué et important » (*R. c. Rezaie* (1996), 31 O.R. (3d) 713 (C.A.), p. 720). Toutes ces formulations traduisent le seuil très élevé que doivent respecter les cours d’appel afin de déterminer si elles doivent intervenir suivant leur examen de la justesse d’une peine.

[53] Cet examen doit être axé sur le principe fondamental de la proportionnalité énoncé à l’art. 718.1 du *Code criminel*, lequel précise que la peine doit être « proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant ». Une peine sera donc manifestement non indiquée si elle s’écarte de manière déraisonnable de ce principe. La proportionnalité se détermine à la fois sur une base individuelle, c’est-à-dire à l’égard de l’accusé lui-même et de l’infraction qu’il a commise, ainsi que sur une base comparative des peines infligées pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables. L’individualisation et l’harmonisation de la peine doivent être conciliées pour qu’il en résulte une peine proportionnelle : al. 718.2 a) et b) du *Code criminel*.

[54] La justesse d’une peine est également fonction des objectifs du prononcé de la peine codifiés à l’art. 718 du *Code criminel*, ainsi que des autres principes pénologiques codifiés à l’art. 718.2. Mais là encore, il appartient au juge de première instance de bien soupeser ces divers principes et objectifs, dont l’importance relative variera nécessairement selon la nature du crime et les circonstances dans lesquelles il a été commis. Le principe de l’harmonisation des peines, sur lequel s’est appuyée la Cour d’appel, est subordonné au principe fondamental de la proportionnalité. Notre Cour l’a reconnu en ces termes dans l’affaire *M.* (C.A.) :

On a à maintes reprises souligné qu’il n’existe pas de peine uniforme pour un crime donné. [. . .] La détermination de la peine est un processus intrinsèquement individualisé, et la recherche d’une peine appropriée applicable à tous les délinquants similaires, pour des crimes similaires, sera souvent un exercice stérile et théorique. [par. 92]

[55] This principle of parity of sentences also means that the deference owed to the sentencing judge must be shown except in the circumstances mentioned above. The Court said the following in this regard in *L.M.*:

This exercise of ensuring that sentences are similar could not be given priority over the principle of deference to the trial judge's exercise of discretion, since the sentence was not vitiated by an error in principle and the trial judge had not imposed a sentence that was clearly unreasonable by failing to give adequate consideration to certain factors or by improperly assessing the evidence (*M. (C.A.)*, at para. 92, quoted in *McDonnell*, at para. 16; *W. (G.)*, at para. 19; see also Ferris, at p. 149, and Manson, at p. 93). [para. 35]

B. *Sentencing Ranges*

[56] The principle of parity of sentences has sometimes resulted in the adoption of a system of sentencing ranges and categories. This concern for parity in sentencing did not originate with the codification of the principle in 1996. As early as the 19th century, “tariffs” were being used by the English courts: D. A. Thomas, *Principles of Sentencing* (2nd ed. 1979), at p. 29. The tariffs synthesized, as it were, the relevant principles applicable to each type of crime in order to standardize sentencing for it:

While in certain contexts the Court articulates a principle, or series of principles, in a systematic manner, it is frequently necessary to identify the operative principles from the examination of a considerable number of cases, none of which specifically identifies the relevant criteria, but which, when viewed collectively, clearly conform substantially to a pattern which can be described. This is particularly true of what is conventionally known as “the tariff”, the principles governing the lengths of sentences of imprisonment.

(Thomas, at p. 5)

[57] Tariffs differ from sentencing ranges in that tariff-based sentencing is theoretically the opposite of sentence individualization, which the ranges

[55] Ce même principe de l’harmonisation ou de la similarité des peines ne permet pas non plus d’écarter la déférence due au juge qui inflige la peine, sauf dans les circonstances déjà mentionnées. Notre Cour l’a rappelé dans *L.M.* :

On ne pouvait prioriser cet exercice d’harmonisation des peines au détriment de la règle du respect de la discrétion du juge de procès, dans la mesure où la sentence n’était pas entachée d’une erreur de principe et où la première juge n’avait pas infligé une peine nettement déraisonnable en accordant une attention inadéquate à des facteurs particuliers ou en évaluant incorrectement la preuve (*M. (C.A.)*, par. 92, cité dans *McDonnell*, par. 16; *W. (G.)*, par. 19; voir aussi Ferris, p. 149, et Manson, p. 93). [par. 35]

B. *Fourchettes de peines*

[56] Le principe de l’harmonisation des peines se traduit parfois par l’adoption d’un système de fourchettes et de catégories de peines. Or, ce souci d’harmonisation des peines infligées aux délinquants n’est pas né de la codification du principe en 1996. En effet, déjà au XIX^e siècle des « barèmes » (« *tariffs* ») étaient utilisés par les tribunaux en Angleterre : D. A. Thomas, *Principles of Sentencing* (2^e éd. 1979), p. 29. Ces barèmes faisaient en quelque sorte la synthèse des principes pertinents et applicables à un type de crime afin d’uniformiser la détermination des peines infligées à l’égard de celui-ci :

[TRADUCTION] Bien que, dans certains contextes, le tribunal énonce un principe, ou une série de principes, d’une manière systématique, il est fréquemment nécessaire de dégager les principes applicables en examinant un nombre considérable de décisions, dont aucune ne fait état explicitement des critères pertinents mais qui, considérées ensemble, suivent clairement de façon substantielle un patron qui peut être décrit. C’est notamment le cas de ce qu’on appelle communément « le barème » [« *the tariff* »], les principes qui régissent la durée des peines d’emprisonnement.

(Thomas, p. 5)

[57] Les barèmes diffèrent des fourchettes de peines en ce que l’infligation d’une peine selon un barème s’oppose théoriquement à l’individualisation de

allow: Thomas, at p. 8. On the other hand, the principle underlying the two approaches is the same: ensuring that offenders who have committed similar crimes in similar circumstances are given similar sentences. The same is true of the starting-point approach, which is used mainly in Alberta but sometimes also in other Canadian provinces: *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948, at para. 69. Ultimately, whatever mechanism or terminology is used, the principle on which it is based remains the same. Where sentencing ranges are concerned, although they are used mainly to ensure the parity of sentences, they reflect all the principles and objectives of sentencing. Sentencing ranges are nothing more than summaries of the minimum and maximum sentences imposed in the past, which serve in any given case as guides for the application of all the relevant principles and objectives. However, they should not be considered “averages”, let alone straitjackets, but should instead be seen as historical portraits for the use of sentencing judges, who must still exercise their discretion in each case:

Even when an appellate court has established a range, it may be that a fact pattern will arise, which is sufficiently dissimilar to past decisions that the “range”, as it were, must be expanded. The fundamental point is that a “range” is not a straitjacket to the exercise of discretion of a sentencing judge.

(*R. v. Keepness*, 2010 SKCA 69, 359 Sask. R. 34, at para. 24)

[58] There will always be situations that call for a sentence outside a particular range: although ensuring parity in sentencing is in itself a desirable objective, the fact that each crime is committed in unique circumstances by an offender with a unique profile cannot be disregarded. The determination of a just and appropriate sentence is a highly individualized exercise that goes beyond a purely mathematical calculation. It involves a variety of factors that are

celle-ci, ce que les fourchettes permettent : Thomas, p. 8. En revanche, le principe qui sous-tend les deux méthodes est le même : faire en sorte que les délinquants ayant commis des crimes semblables dans des circonstances semblables reçoivent des peines semblables. Il en va de même de la méthode des points de départ, qui est utilisée principalement en Alberta, mais parfois aussi dans d’autres provinces du pays : *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948, par. 69. Au final, peu importe le mécanisme utilisé ou la terminologie employée, le principe à sa base demeure le même. Quant aux fourchettes de peines, bien qu’elles soient utilisées principalement dans un but d’harmonisation, elles reflètent l’ensemble des principes et des objectifs de la détermination de la peine. Les fourchettes de peines ne sont rien de plus que des condensés des peines minimales et maximales déjà infligées, et qui, selon le cas de figure, servent de guides d’application de tous les principes et objectifs pertinents. Toutefois, ces fourchettes ne devraient pas être considérées comme des « moyennes », encore moins comme des carcans, mais plutôt comme des portraits historiques à l’usage des juges chargés de déterminer les peines. Ces derniers demeurent tenus d’exercer leur pouvoir discrétionnaire dans chaque espèce :

[TRADUCTION] Même lorsqu’une cour d’appel a établi une fourchette, il peut arriver que surgisse une situation factuelle qui soit suffisamment différente de celles des décisions antérieures pour que la « fourchette » [« *range* »], si on peut l’appeler ainsi, doive être élargie. Le point fondamental est qu’une « fourchette » ne constitue pas un carcan assujettissant l’exercice du pouvoir discrétionnaire du juge chargé de déterminer la peine.

(*R. c. Keepness*, 2010 SKCA 69, 359 Sask. R. 34, par. 24)

[58] Il se présentera toujours des situations qui requerront l’infliction d’une peine à l’extérieur d’une fourchette particulière, car si l’harmonisation des peines est en soi un objectif souhaitable, on ne peut faire abstraction du fait que chaque crime est commis dans des circonstances uniques, par un délinquant au profil unique. La détermination d’une peine juste et appropriée est une opération éminemment individualisée qui ne se limite pas à un calcul purement

difficult to define with precision. This is why it may happen that a sentence that, on its face, falls outside a particular range, and that may never have been imposed in the past for a similar crime, is not demonstrably unfit. Once again, everything depends on the gravity of the offence, the offender's degree of responsibility and the specific circumstances of each case. LeBel J. commented as follows on this subject:

A judge can order a sentence outside that range as long as it is in accordance with the principles and objectives of sentencing. Thus, a sentence falling outside the regular range of appropriate sentences is not necessarily unfit. Regard must be had to all the circumstances of the offence and the offender, and to the needs of the community in which the offence occurred.

(*Nasogaluak*, at para. 44)

[59] In *Brutus*, the Quebec Court of Appeal described the limits of the process of ensuring the similarity of sentences as follows:

[TRANSLATION] There is no doubt that the sentence imposed in this case differs from certain sentences imposed in other cases for the same offence. However, as our colleague Rochon J.A. stated in *Ferland v. R.*, 2009 QCCA 1168, with respect to the principle of parity of sentences that is set out in section 718.2(b) *Cr.C.*, it “has some limits because of the individualized nature of the sentencing process” and cannot provide a basis for departing from the principle of deference to the trial judge's exercise of his or her sentencing discretion (*R. v. L.M.*, *supra*, at para. 35). [para. 12]

[60] In other words, sentencing ranges are primarily guidelines, and not hard and fast rules: *Nasogaluak*, at para. 44. As a result, a deviation from a sentencing range is not synonymous with an error of law or an error in principle. Sopinka J. stated this clearly in *McDonnell*, although he was referring in that case to categories of assault:

mathématique. Elle fait appel à une panoplie de facteurs dont les contours sont difficiles à cerner avec précision. C'est la raison pour laquelle il peut arriver qu'une peine qui déroge à première vue à une fourchette donnée, et qui pourrait même n'avoir jamais été infligée par le passé pour un crime semblable, ne soit pas pour autant manifestement non indiquée. Encore une fois, tout dépend de la gravité de l'infraction, du degré de responsabilité du délinquant et des circonstances particulières de chaque cas. Je rappelle les propos du juge LeBel à ce sujet :

Un juge peut donc prononcer une sanction qui déroge à la fourchette établie, pour autant qu'elle respecte les principes et objectifs de détermination de la peine. Une telle sanction n'est donc pas nécessairement inappropriée, mais elle doit tenir compte de toutes les circonstances liées à la perpétration de l'infraction et à la situation du délinquant, ainsi que des besoins de la collectivité au sein de laquelle l'infraction a été commise.

(*Nasogaluak*, par. 44)

[59] Dans l'arrêt *Brutus*, la Cour d'appel du Québec a décrit ainsi les limites du processus d'harmonisation des peines :

Il est certain que la peine imposée se démarque de certaines peines rendues dans d'autres affaires pour la même infraction. Par ailleurs, comme le mentionnait notre collègue Rochon dans l'arrêt *Ferland c. R.*, 2009 QCCA 1168, à l'égard du principe d'harmonisation des peines édicté à l'article 718.2 b) *C.cr.*, il « comporte certaines limites en raison du processus individualisé suivi en matière de détermination de la peine » et ne saurait permettre de déroger à la règle du respect de la discrétion des juges d'instance en matière de détermination de la peine (*R. c. L.M.*, précité, paragr. 35). [par. 12]

[60] Autrement dit, les fourchettes de peines demeurent d'abord et avant tout des lignes directrices et elles ne constituent pas des règles absolues : *Nasogaluak*, par. 44. En conséquence, une dérogation à une fourchette de peines n'est pas synonyme d'erreur de droit ou de principe. D'ailleurs, le juge Sopinka l'a clairement énoncé dans l'arrêt *McDonnell*, même s'il parlait alors de catégories d'agressions :

. . . in my view it can never be an error in principle in itself to fail to place a particular offence within a judicially created category of assault for the purposes of sentencing. . . . If the categories are defined narrowly, and deviations from the categorization are generally reversed, the discretion that should be left in the hands of the trial and sentencing judges is shifted considerably to the appellate courts. [para. 32]

[61] Any other conclusion would have the effect of authorizing appellate courts to create categories of offences with no real justification and accordingly intervene without deference to substitute a sentence on appeal. But the power to create categories of offences lies with Parliament, not the courts: *McDonnell*, at para. 33.

[62] It should also be noted that Parliament has regularly raised the level of the minimum and maximum sentences applicable to impaired driving offences. For example, in 2000, the maximum sentence for the crime of impaired driving causing death was raised from 14 years to imprisonment for life: *An Act to amend the Criminal Code (impaired driving causing death and other matters)*, S.C. 2000, c. 25.

[63] Similarly, in 2008, the minimum sentences for all crimes related to impaired driving were increased to \$1,000 for a first offence, imprisonment for 30 days for a second offence and imprisonment for 120 days for any subsequent offence: *Tackling Violent Crime Act*, S.C. 2008, c. 6.

[64] The sentences imposed for such crimes in Quebec have also changed. For example, before 2009, the terms of imprisonment imposed for impaired driving causing death varied from one to 10 years: *R. v. Verreault*, 2008 QCCA 2284, at para. 25 (CanLII); *R. v. Morneau*, 2009 QCCA 1496, at para. 21 (CanLII). Since *Comeau*, however, the Quebec courts have used a new sentencing range divided into three categories. As I mentioned above,

. . . j'estime que l'omission de situer une infraction particulière dans une catégorie d'agressions créée par les tribunaux, aux fins de la détermination de la peine, ne constitue jamais une erreur de principe en soi. [. . .] Si les catégories sont définies de façon stricte et que les dérogations à cette catégorisation sont généralement infirmées, le pouvoir discrétionnaire qui devrait être laissé aux juges du procès et aux juges qui infligent les peines est donc largement transféré aux cours d'appel. [par. 32]

[61] Conclure autrement aurait pour effet d'autoriser les cours d'appel à créer sans véritable justification des catégories d'infractions et, de ce fait, à intervenir sans retenue pour substituer une peine en appel. Or, le pouvoir de créer des catégories d'infractions appartient au législateur, et non aux tribunaux : *McDonnell*, par. 33.

[62] Il convient en outre de souligner que le législateur a régulièrement haussé le seuil des peines minimales et maximales applicables aux infractions liées à la conduite d'un véhicule avec les capacités affaiblies. À titre d'exemple, la peine maximale d'emprisonnement pour le crime de conduite avec les capacités affaiblies causant la mort est passée, en l'an 2000, de 14 ans à la prison à perpétuité : *Loi modifiant le Code criminel (conduite avec facultés affaiblies causant la mort et autres matières)*, L.C. 2000, c. 25.

[63] De même, en 2008, le seuil des peines minimales pour l'ensemble des crimes reliés à la conduite avec les capacités affaiblies a été augmenté à 1 000 \$ pour une première infraction, à un emprisonnement de 30 jours pour une deuxième infraction et à 120 jours d'incarcération pour toute infraction subséquente : *Loi sur la lutte contre les crimes violents*, L.C. 2008, c. 6.

[64] Les peines infligées en semblable matière au Québec ont elles aussi évolué. À titre d'exemple, avant 2009, les infractions de conduite avec les capacités affaiblies causant la mort entraînaient des peines variant de un an à 10 ans d'emprisonnement : *R. c. Verreault*, 2008 QCCA 2284, par. 25 (CanLII); *R. c. Morneau*, 2009 QCCA 1496, par. 21 (CanLII). Cependant, depuis l'affaire *Comeau*, une nouvelle fourchette de peines — divisée en trois catégories —

the Court of Appeal held in *Paré* that it was appropriate for the courts to use that range.

[65] The appellant correctly observes that Quebec is the only province in which the courts have subdivided the sentencing range into categories for the crime of impaired driving causing death. Other provinces have also adopted the range system, but without subdividing the ranges into categories. In those provinces, sentences vary from 18 months to two years in the least serious situations and from seven to eight years in the most serious: *R. v. Bear*, 2008 SKCA 172, 320 Sask. R. 12, at para. 59; *R. v. Berner*, 2013 BCCA 188, 297 C.C.C. (3d) 69, at para. 37; *R. v. Smith*, 2013 BCCA 173, 296 C.C.C. (3d) 386, at para. 60; *Stimson*, at para. 18; *Ruizfuentes*, at para. 22.

[66] The Ontario Court of Appeal has refused to define a sentencing range for the crime of impaired driving causing death, noting that the crime can be committed in an infinite variety of circumstances: *Junkert*, at para. 40; *R. v. Kummer*, 2011 ONCA 39, 103 O.R. (3d) 641. This is why there is so much variation in the ranges and why penitentiary sentences much longer than six and a half years have been reported almost everywhere in Canada.

[67] Like the range itself, the categories it comprises are tools whose purpose is in part to promote parity in sentencing. However, a deviation from such a range or category is not an error in principle and cannot in itself automatically justify appellate intervention unless the sentence that is imposed departs significantly and for no reason from the contemplated sentences. Absent an error in principle, an appellate court may not vary a sentence unless the sentence is demonstrably unfit.

[68] My colleague finds that the Court of Appeal's reasons, read as a whole, show that it did not intervene solely because of a deviation from the sentencing range (para. 144). With respect, I cannot

est désormais utilisée par les tribunaux québécois. Comme je l'ai souligné précédemment, la Cour d'appel a d'ailleurs reconnu, dans l'arrêt *Paré*, l'opportunité du recours par les tribunaux à cette fourchette de peines.

[65] L'appelante note avec raison que le Québec est la seule province où les tribunaux ont subdivisé la fourchette de peines en catégories pour le crime de conduite avec les capacités affaiblies causant la mort. D'autres provinces ont elles aussi adopté le système des fourchettes, sans toutefois les subdiviser en catégories. Les peines y varient de 18 mois à deux ans pour les situations les moins graves, et de sept à huit ans pour les plus sérieuses : *R. c. Bear*, 2008 SKCA 172, 320 Sask. R. 12, par. 59; *R. c. Berner*, 2013 BCCA 188, 297 C.C.C. (3d) 69, par. 37; *R. c. Smith*, 2013 BCCA 173, 296 C.C.C. (3d) 386, par. 60; *Stimson*, par. 18; *Ruizfuentes*, par. 22.

[66] Pour sa part, la Cour d'appel de l'Ontario s'est refusée à définir une fourchette de peines pour le crime de conduite avec les capacités affaiblies causant la mort, soulignant qu'il pouvait être commis dans une variété infinie de circonstances : *Junkert*, par. 40; *R. c. Kummer*, 2011 ONCA 39, 103 O.R. (3d) 649. C'est pour cette raison que les fourchettes varient autant, et que des peines bien supérieures à six ans et demi de pénitencier sont recensées un peu partout au Canada.

[67] Tout comme la fourchette elle-même, les catégories qui la composent sont des outils visant en partie à favoriser l'harmonisation des peines. Cependant, une dérogation à une telle fourchette ou catégorie ne constitue pas une erreur de principe et ne saurait à elle seule justifier d'office l'intervention d'une cour d'appel, à moins que la peine infligée ne s'écarte nettement et sans motif de celles prévues. En effet, en l'absence d'une erreur de principe, une cour d'appel ne peut modifier une peine que si celle-ci est manifestement non indiquée.

[68] Mon collègue considère que, lus dans leur ensemble, les motifs de la Cour d'appel démontrent que cette dernière n'est pas intervenue sur la seule base d'une dérogation à la fourchette de peines

agree with this interpretation. As can be seen from the Court of Appeal's reasons, it justified its intervention on the basis that it was not open to the trial judge to impose a sentence falling into the third category of the sentencing range, because personal factors unfavourable to the respondent, which would normally support such a sentence rather than one from the second category, were almost non-existent in this case. It is clear from the Court of Appeal's reasons that it based its intervention primarily on an erroneous determination of the applicable sentencing category by the trial judge.

[69] I believe that the Court of Appeal was wrong to apply the sentencing range rigidly. By saying that the sentence should have been in the second category rather than at the lower end of the sentences in the third category, the Court of Appeal substituted its own assessment for that of the trial judge without first determining that the sentence in question was demonstrably unfit. In doing so, the Court of Appeal erred in applying the sentencing range mechanism as if it were a straitjacket. The sentencing ranges must in all cases remain only one tool among others that are intended to aid trial judges in their work.

[70] In this case, even though the sentence fell outside one of the categories of sentences that have been established since *Comeau*, this did not mean that it was manifestly excessive. Terms of imprisonment of six years or more have in fact been imposed on people without criminal records who were convicted of impaired driving causing death. For example, in *Kummer*, the Ontario Court of Appeal upheld an eight-year prison sentence imposed on a driver with no criminal record who had caused the deaths of three people while driving under the influence of alcohol. In *R. v. Wood* (2005), 196 C.C.C. (3d) 155, the Ontario Court of Appeal upheld a nine-year sentence imposed on a person who had no criminal record for impaired driving but had caused the deaths of three people and caused permanent injuries to another. In *Morneau*, the Quebec Court of Appeal upheld a six-year term of imprisonment on a charge

(par. 144). Avec égards, je ne peux souscrire à cette interprétation. Il appert des motifs de la Cour d'appel que celle-ci a justifié son intervention en affirmant que le juge de première instance ne pouvait infliger une peine de la troisième catégorie de la fourchette de peines car les facteurs personnels à l'intimé qui lui sont défavorables, et qui normalement autoriseraient le recours à cette catégorie plutôt qu'à la deuxième, étaient pratiquement inexistantes en l'espèce. À l'évidence, la lecture des motifs de la Cour d'appel révèle qu'elle a principalement fondé son intervention sur une détermination erronée par le premier juge quant à la catégorie de peines applicable.

[69] J'estime pour ma part que c'est à tort que la Cour d'appel a appliqué de manière stricte la fourchette de peines. En affirmant que la peine aurait dû se situer non pas dans la gamme inférieure des peines de la troisième catégorie, mais plutôt dans la deuxième catégorie, la Cour d'appel a substitué son appréciation à celle du juge de première instance, sans avoir déterminé pour autant que la peine en cause était manifestement non indiquée. Ce faisant, elle a eu tort d'appliquer le mécanisme des fourchettes de peines comme s'il s'agissait d'un carcan. Les fourchettes de peines doivent demeurer, en tout état de cause, qu'un outil parmi d'autres destinés à faciliter la tâche des juges d'instance.

[70] En l'espèce, même si la peine se situait à l'extérieur de l'une des catégories de peines maintenant établies depuis l'affaire *Comeau*, elle n'était pas pour autant manifestement excessive. Des peines d'emprisonnement de six ans ou plus ont déjà été infligées à des personnes sans antécédents judiciaires déclarées coupables d'infractions de conduite avec les capacités affaiblies causant la mort. À titre d'exemple, dans *Kummer*, la Cour d'appel de l'Ontario a maintenu la peine d'emprisonnement de huit ans infligée à un conducteur sans antécédents judiciaires qui avait causé la mort de trois personnes en conduisant en état d'ébriété. Dans *R. c. Wood* (2005), 196 C.C.C. (3d) 155, la Cour d'appel de l'Ontario a maintenu une peine de neuf ans infligée à une personne, qui n'avait par ailleurs aucun antécédent judiciaire lié à la conduite avec les capacités affaiblies, pour avoir causé la mort de trois personnes et avoir

of impaired driving causing the death of one person. Although the offender in that case already had a criminal record consisting of three convictions, the convictions all dated back more than 10 years. In light of the foregoing, therefore, the sentence of six and a half years imposed in the instant case on an offender who caused the deaths of two young girls was not disproportionate.

[71] Moreover, by justifying its intervention on the basis of the trial judge's failure to adhere to the categories of sentences, the Court of Appeal was acknowledging that a six-year sentence was one of the possible results in this case. The six-month difference between the sentence imposed by the trial judge and the one the Court of Appeal believed should have been imposed on the basis of the category of sentences it chose does not constitute a marked departure that would have authorized it to intervene. In addition, although the sentence imposed at trial departs somewhat from the sentences applicable to the category the Court of Appeal considered the most appropriate, it falls within the overall range established by the Quebec courts, and lies clearly within the range of sentences imposed elsewhere in the country for similar offences.

[72] In sum, the sentence imposed by Judge Couture is consistent with the sentencing objectives and principles set out in the *Criminal Code*. Judge Couture properly emphasized the importance of deterrence and denunciation in this case, but he did not overlook the objective of rehabilitation (para. 92 (CanLII)). Indeed, the Court of Appeal acknowledged that [TRANSLATION] “[t]he trial judge gave extensive reasons for the judgment to which the motion relates, and it is clear that he very carefully weighed the sentencing objectives and principles set out in sections 718 to 718.2 of the *Criminal Code*” (para. 5 (CanLII)). Because Judge Couture did not make a reviewable error in his judgment, and because the sentence he imposed was not demonstrably unfit, it was not open to the Court of Appeal to intervene and substitute its own assessment for his. The Court of

causé des séquelles permanentes à une autre. Dans *Morneau*, la Cour d'appel du Québec a confirmé l'infliction d'une peine de six ans d'incarcération à l'égard d'un chef d'accusation de conduite avec les capacités affaiblies ayant causé la mort d'une personne. Même si, dans cette affaire, le casier judiciaire du délinquant comptait déjà trois condamnations, celles-ci dataient toutes de plus de 10 ans. À la lumière de ce qui précède, la peine de six ans et demi infligée en l'espèce à un délinquant qui a causé la mort de deux jeunes filles n'est donc pas hors de proportion.

[71] Qui plus est, en invoquant le non-respect des catégories de peines par le juge du procès pour justifier son intervention, la Cour d'appel a reconnu par le fait même qu'une peine de six ans faisait partie des décisions possibles en l'espèce. La différence de six mois entre la peine infligée par le juge de première instance et celle qui, de l'avis de la Cour d'appel, aurait dû l'être selon la catégorie de peines qu'elle a retenue ne constitue pas un écart marqué qui l'autorisait à intervenir. De surcroît, bien qu'elle s'écarte quelque peu des peines prévues par la catégorie considérée par la Cour d'appel comme étant la plus appropriée, la peine infligée en première instance s'inscrit dans la fourchette globale établie par les tribunaux au Québec et se situe nettement à l'intérieur du barème de celles infligées ailleurs au pays pour des infractions semblables.

[72] En somme, la peine prononcée par le juge Couture respecte les objectifs et les principes de détermination de la peine énoncés au *Code criminel*. Il a souligné à bon droit l'importance de la dissuasion et de la dénonciation en l'espèce, mais il n'a pas pour autant fait abstraction de l'objectif de la réinsertion sociale (par. 92 (CanLII)). La Cour d'appel reconnaît d'ailleurs que « [l]e jugement visé par la requête est longuement motivé et il est clair que le juge de première instance a soupesé avec beaucoup d'attention les objectifs et les principes de détermination de la peine énoncés aux articles 718 à 718.2 du *Code criminel* » (par. 5 (CanLII)). Comme le juge Couture n'a pas commis d'erreur révisable dans son jugement et que la peine infligée n'était pas manifestement non indiquée, la Cour d'appel ne pouvait intervenir et substituer son appréciation à celle du

Appeal nevertheless reduced the sentence imposed at trial, which was indeed severe, without taking account of the principle that deterrence and denunciation must be emphasized in such cases. In reducing the sentence imposed by Judge Couture on the basis that it departed from the principle of proportionality, the Court of Appeal also disregarded the local reality, thereby itself departing from the objectives of deterrence and denunciation.

C. *Deterrence and Denunciation*

[73] While it is true that the objectives of deterrence and denunciation apply in most cases, they are particularly relevant to offences that might be committed by ordinarily law-abiding people. It is such people, more than chronic offenders, who will be sensitive to harsh sentences. Impaired driving offences are an obvious example of this type of offence, as this Court noted in *Proulx*:

... dangerous driving and impaired driving may be offences for which harsh sentences plausibly provide general deterrence. These crimes are often committed by otherwise law-abiding persons, with good employment records and families. Arguably, such persons are the ones most likely to be deterred by the threat of severe penalties: see *R. v. McVeigh* (1985), 22 C.C.C. (3d) 145 (Ont. C.A.), at p. 150; *R. v. Biancofiore* (1997), 119 C.C.C. (3d) 344 (Ont. C.A.), at paras. 18-24; *R. v. Blakeley* (1998), 40 O.R. (3d) 541 (C.A.), at pp. 542-43. [para. 129]

[74] As I mentioned in the introduction, courts from various parts of the country have adhered to the principle that the objectives of deterrence and denunciation must be emphasized in imposing sentences for this type of offence. For example, the Quebec Court of Appeal made the following comments in *Lépine*:

[TRANSLATION] Sentences imposed for crimes involving dangerous operation of a motor vehicle while under the influence of alcohol must be aimed at deterring the

judge. La peine — au demeurant sévère — prononcée en première instance a néanmoins été réduite par la Cour d'appel sans qu'il soit tenu compte du principe selon lequel la dissuasion et la dénonciation devaient être favorisées en semblable matière. En réduisant la peine infligée par le juge Couture au motif qu'elle dérogeait au principe de la proportionnalité, la Cour d'appel a également fait abstraction de la réalité locale, le tout au détriment des objectifs de dissuasion et de dénonciation.

C. *Dissuasion et dénonciation*

[73] Bien que les objectifs de dissuasion et de dénonciation demeurent pertinents dans la plupart des cas, ils revêtent une importance particulière à l'égard d'infractions susceptibles d'être commises par des citoyens habituellement respectueux des lois. En effet, ce sont ces derniers, davantage que les multi-récidivistes, qui sont sensibles à des peines sévères. Les infractions de conduite avec les capacités affaiblies en sont un exemple évident, comme l'a rappelé notre Cour dans l'arrêt *Proulx* :

... il est possible que la conduite dangereuse et la conduite avec les facultés affaiblies soient des infractions à l'égard desquelles il est plus plausible que l'infliction de peines sévères ait un effet dissuasif général. Souvent, ces crimes sont commis par des citoyens qui respectent par ailleurs la loi, qui sont de bons travailleurs et qui ont un conjoint et des enfants. Il est possible de supposer qu'il s'agit là des personnes les plus susceptibles d'être dissuadées par la menace de peines sévères : *R. c. McVeigh* (1985), 22 C.C.C. (3d) 145 (C.A. Ont.), à la p. 150; *R. c. Biancofiore* (1997), 119 C.C.C. (3d) 344 (C.A. Ont.), aux par. 18 à 24; *R. c. Blakeley* (1998), 40 O.R. (3d) 541 (C.A.), aux pp. 542 et 543. [par. 129]

[74] Comme je le rappelais en introduction, des tribunaux de diverses régions du pays ont souscrit au principe selon lequel les objectifs de dissuasion et de dénonciation devaient être favorisés dans l'infliction de peines pour ce type d'infraction. À titre d'exemple, la Cour d'appel du Québec a souligné ce qui suit dans l'arrêt *Lépine* :

Les sentences imposées pour des crimes, impliquant la conduite de véhicule automobile de façon dangereuse sous l'influence de l'alcool, doivent viser à dissuader le

public generally from driving in that manner. This Court has therefore upheld significant custodial sentences for such offences: *R. v. Kelly*, J.E. 97-1570 (C.A.).

Very often, the objective gravity of such crimes is based more on their consequences and the extent of those consequences than on consciousness of guilt, which is why Parliament has increased the maximum sentences on the basis of the consequences of the operation of the vehicle.

A loss of human life caused by the operation of a vehicle while impaired is a consequence that cannot be remedied, which is why it is important for the courts to convey a message of denunciation to those who put themselves in potentially dangerous situations, even if the offender does not have a criminal record and did not wish to cause the tragic accident. [paras. 19-21]

[75] Along the same lines, the Quebec Court of Appeal said the following in *Brutus*:

[TRANSLATION] In closing, it should be borne in mind that the courts have long been sharply critical in discussing the commission of driving offences of this nature and have asserted that the objectives of denunciation and deterrence must be emphasized in order to convey their wish to give expression to society's condemnation of such crimes by means of exemplary sentences, particularly in cases (like this one) involving serious consequences for the victims. Society's condemnation may be reflected in longer terms of imprisonment, which have a deterrent effect both on the offender and on all those who might be tempted to imitate the offender. The sentence imposed in this case is not unreasonable in light of this objective, nor is it unreasonable in light of all the circumstances of the case. [para. 18]

[76] The Quebec Court of Appeal was right to note the importance of the objectives of deterrence and denunciation. With respect, however, it erred in the instant case in departing from those objectives and intervening.

[77] My colleague is of the opinion that Judge Couture overemphasized the objective of deterrence (para. 145). He also maintains that Judge Couture made several errors of law by considering aggravating factors that were not really aggravating factors

public de façon générale quant à ce genre de conduite. Aussi, notre Cour a maintenu des peines de détention significatives pour des infractions de cette nature : *R. c. Kelly*, J.E. 97-1570 (C.A.).

Bien souvent la gravité objective de ces crimes s'évalue plus en fonction des conséquences et de l'ampleur de celles-ci que du degré de conscience coupable, d'où l'augmentation des peines maximales par le législateur selon la conséquence qui a résulté de la conduite.

La perte d'une vie humaine occasionnée par la conduite d'un véhicule sous l'effet des facultés affaiblies est une conséquence à laquelle on ne peut remédier, d'où l'importance pour les tribunaux d'envoyer un message de réprobation à l'endroit des personnes qui se placent dans une situation potentiellement dangereuse, et ce, même si le délinquant n'est pas une personne criminalisée non plus qu'il n'ait voulu cet incident tragique. [par. 19-21]

[75] Dans le même sens, la Cour d'appel du Québec s'est exprimée ainsi dans l'arrêt *Brutus* :

En terminant, il y a lieu de rappeler que les tribunaux tiennent depuis longtemps des propos fort sévères concernant la commission des infractions routières de ce genre et affirment la primauté des objectifs de dénonciation et de dissuasion pour exprimer leur volonté de marquer par des peines exemplaires la réprobation de la société à l'égard de ces crimes, particulièrement dans les cas où des conséquences graves (comme en l'espèce) en résultent pour les victimes. La réprobation de la société peut se traduire par des peines d'incarcération plus longues, qui ont un effet dissuasif à la fois sur le délinquant lui-même et sur tous ceux et celles qui seraient tentés de l'imiter. La peine imposée en l'espèce n'est pas déraisonnable au regard de cet objectif, pas plus qu'elle ne l'est au regard de toutes les circonstances propres à l'affaire. [par. 18]

[76] C'est à raison que la Cour d'appel du Québec a rappelé l'importance des objectifs de dissuasion et de dénonciation. Cependant, avec égards, elle a eu tort de s'en écarter dans le présent dossier et d'intervenir.

[77] Mon collègue est d'avis que le juge Couture aurait trop insisté sur l'objectif de dissuasion (par. 145). Mon collègue soutient également que le juge Couture a commis plusieurs erreurs de droit en tenant compte de facteurs aggravants qui n'en sont

and by failing to consider some important mitigating factors, such as the respondent's youth and the facts that he had expressed remorse, that he had no criminal record and that the presentence report was favourable to him (*ibid.*). For these reasons, my colleague "believe[s] the Court of Appeal was justified in intervening and reopening the analytical process in order to determine whether the sentence was just and appropriate" (para. 164).

[78] Here again, I find that my colleague's comments need to be qualified. Judge Couture did not fail to consider the mitigating factors in question (para. 33), but instead attached less weight to them because of the nature of the offence at issue, as the respondent himself acknowledges (at para. 29 of his factum). In short, what is being criticized is the weight the trial judge attached to those factors. As I mentioned above, however, determining the weight to be given to aggravating or mitigating circumstances falls strictly within the sentencing judge's discretion. The decision to weigh such factors in a given way is not in itself an error that opens the door to appellate intervention unless the weighing is unreasonable.

[79] This being said, the trial judge was justified in attaching less weight to the mitigating factors in this case. Although an offender's youth is often an important mitigating factor to consider, it should be noted that it is young people who are affected the most by motor vehicle accidents that result from impaired driving. In light of the importance that must be attributed to the objectives of deterrence and denunciation in such cases as well as the dire consequences of the accident in the instant case, for which the respondent is entirely responsible, the trial judge was right to reduce the weight attached to his youth as a mitigating factor.

[80] As to the fact that the respondent did not have a criminal record, Judge Couture was right to point out that his driving record was not clean. He had been convicted three times for speeding. This showed that he was irresponsible when behind

pas et en omettant de prendre en considération des facteurs atténuants importants, tels que le jeune âge de l'intimé, les remords exprimés par celui-ci, le fait qu'il n'avait pas d'antécédents judiciaires et le rapport présentenciel qui lui était favorable (*ibid.*). Pour ces raisons, mon collègue « estime que la Cour d'appel était justifiée d'intervenir et de reprendre le processus d'analyse pour juger du caractère juste et approprié de la peine » (par. 164).

[78] Ici encore, je suis d'avis que les propos de mon collègue doivent être nuancés. Le juge Couture n'a pas omis de considérer ces facteurs atténuants (par. 33), mais leur a plutôt accordé une importance moindre vu la nature de l'infraction dont il est question, comme le reconnaît d'ailleurs l'intimé lui-même (au par. 29 de son mémoire). Bref, on s'attaque au poids que le juge de première instance a accordé à ces facteurs. Or, tel que je l'ai mentionné précédemment, la décision d'accorder plus ou moins d'importance à des circonstances aggravantes ou atténuantes relève strictement du pouvoir discrétionnaire du juge qui prononce la peine. Le choix d'une pondération particulière de tels facteurs ne constitue pas en soi une erreur donnant ouverture à l'intervention d'une cour d'appel à moins qu'elle ne soit déraisonnable.

[79] Cela dit, le premier juge était justifié de minimiser l'importance des facteurs atténuants en l'espèce. Même si le jeune âge d'un contrevenant constitue souvent un facteur atténuant important à considérer, force est de reconnaître que les jeunes gens sont les plus touchés par les accidents de la route résultant de la conduite avec les capacités affaiblies. Compte tenu de l'importance à accorder aux objectifs de dissuasion et de dénonciation dans de tels cas, ainsi que des conséquences désastreuses de l'accident en l'espèce, dont l'entière responsabilité revient à l'intimé, le juge de première instance était bien fondé de diminuer l'importance de son jeune âge comme facteur atténuant.

[80] Quant à l'absence d'antécédents judiciaires, c'est à juste titre que le juge Couture a souligné que le dossier de conduite de l'intimé n'était pas vierge. En effet, ce dernier comptait trois condamnations pour excès de vitesse. Ce fait témoigne de l'attitude

the wheel, and his convictions under the *Highway Safety Code* were all the more relevant given that speeding had played a part in the accident in this case. The respondent repeatedly and frequently drove irresponsibly.

[81] The trial judge was also right to attach less weight to the remorse expressed by the respondent and to his guilty plea because of the lateness of that plea. A plea entered at the last minute before the trial is not deserving of as much consideration as one that was entered promptly: *R. v. O. (C.)*, 2008 ONCA 518, 91 O.R. (3d) 528, at paras. 16-17; *R. v. Wright*, 2013 ABCA 428, 566 A.R. 192, at para. 12.

[82] I would also point out that the trial judge considered the presentence report, which was favourable to the respondent, as well as the latter's prospects for rehabilitation. At para. 92 of his judgment, he stated that [TRANSLATION] "[t]he objective of separation implies that the sentence should not be so long as to hamper the rehabilitation of the accused." However, for the reasons given above, the trial judge cannot be criticized for having discounted this factor.

[83] My colleague is also of the opinion that Judge Couture erred in identifying certain elements of the offence, including the fact that the respondent was intoxicated, as aggravating factors (para. 146) and that this constitutes a reviewable error warranting the intervention of the Court of Appeal. As I mentioned above, however, the erroneous consideration of an aggravating or mitigating factor warrants appellate intervention only if it can be seen from the trial judge's decision that the error had an actual impact on the sentence. In the instant case, I agree with my colleague that the fact that the accused was intoxicated should not have been mentioned as an aggravating factor, since being intoxicated is one of the elements of the offence. However, this is a non-determinative error that did not unduly affect the sentence, given that Judge Couture identified other aggravating factors (para. 32). Unlike the situation in *Flight*, in which it was difficult to determine what

téméraire et irresponsable de l'intimé lorsqu'il est au volant, et ses condamnations en vertu du *Code de la sécurité routière* étaient d'autant plus pertinentes que la vitesse a contribué à causer l'accident en l'espèce. L'intimé a eu une conduite dangereuse de façon répétée et à intervalles rapprochés.

[81] Le juge de première instance était également fondé à minimiser l'importance des remords exprimés par l'intimé et de son plaidoyer de culpabilité en raison de la tardiveté de ce geste. Un plaidoyer enregistré à la dernière minute avant le procès ne mérite pas une aussi grande considération qu'un plaidoyer enregistré avec célérité : *R. c. O. (C.)*, 2008 ONCA 518, 91 O.R. (3d) 528, par. 16-17; *R. c. Wright*, 2013 ABCA 428, 566 A.R. 192, par. 12.

[82] Je rappelle en outre que le rapport présentiel favorable à l'intimé a été considéré par le juge de première instance, de même que la perspective de réinsertion sociale de ce dernier. En effet, au par. 92 de son jugement, il affirme que « [l]'objectif d'isolement implique que la peine ne soit pas longue au point de nuire à la réhabilitation de l'accusé. » Cependant, pour les raisons énoncées précédemment, on ne saurait en l'espèce reprocher au juge de première instance d'avoir minimisé ce facteur.

[83] Au sujet des facteurs aggravants, mon collègue est d'avis que le juge Couture a erronément retenu certains éléments de l'infraction à ce titre, notamment l'état d'ébriété de l'intimé (par. 146), ce qui constitue une erreur révisable qui permettait l'intervention de la Cour d'appel. Or, tel que souligné précédemment, la considération erronée d'un facteur aggravant ou atténuant ne justifie une telle intervention que lorsqu'il appert du jugement de première instance que cette erreur a eu une incidence véritable sur la détermination de la peine. Dans la présente affaire, je conviens avec mon collègue que l'état d'ébriété de l'intimé n'aurait pas dû être mentionné comme facteur aggravant, puisque cet état constitue l'un des éléments de l'infraction. Cependant, il s'agit d'une erreur non déterminante, qui n'a pas affecté la détermination de la peine outre mesure, vu la présence des autres facteurs aggravants retenus par le juge Couture (par. 32). En effet, contrairement à

weight the judge had attached to what she had erroneously identified as an aggravating factor, it is apparent from the decision of Judge Couture in the instant case that he attached no real weight to this factor in his judgment; rather, he simply included it in the list of aggravating factors.

[84] Incidentally, I note that this enumeration of aggravating factors also includes the fact that the respondent had consumed cannabis. I agree with Judge Couture that even if the consumption of cannabis played no role in the accident, it is nevertheless evidence of the respondent's irresponsibility.

[85] My colleague also states that "the impact on those close to the accused cannot be considered an aggravating factor that would justify a harsher sentence for the accused" (para. 147). He cites s. 718.2 of the *Criminal Code* in support of this assertion. But the list of aggravating factors in that section is not exhaustive. Also, this factor, like that of intoxication, played a secondary role in the determination of the sentence. Moreover, contrary to the respondent's contention, the impact on those close to the victim can be an aggravating factor: *R. v. J.B.*, 2015 QCCQ 1884, at para. 59 (CanLII); *R. v. Tang*, 2010 QCCS 5009, at para. 23 (CanLII).

[86] In any event, the Court of Appeal justified its decision not on the basis of these supposed errors by the trial judge but, rather, by finding that the judge had departed from the sentencing range established by the courts for impaired driving offences and that the sentence he had imposed departed from the principle of proportionality. In short, the arguments to the effect that the trial judge made errors in respect of the mitigating and aggravating factors must fail.

D. *Local Situation*

[87] In conducting his sentencing analysis, the trial judge also referred to the [TRANSLATION] "local

la situation dans *Flight*, où il était difficile d'évaluer l'importance que la juge avait accordée au facteur aggravant erronément retenu, en l'espèce, il ressort de la décision du juge Couture qu'il n'a accordé aucune réelle importance à ce facteur dans son jugement, se contentant plutôt de l'inclure dans l'énumération des facteurs aggravants.

[84] Je note, au passage, que cette énumération des facteurs aggravants comprend aussi la consommation de cannabis. Tout comme le juge Couture, j'estime que même si la consommation de cannabis n'a joué aucun rôle dans l'accident, elle témoigne néanmoins de l'irresponsabilité de l'intimé.

[85] Mon collègue souligne également que « les impacts pour les proches de l'accusé ne sauraient représenter un facteur aggravant justifiant que ce dernier soit condamné à une peine plus sévère » (par. 147). Il cite l'art. 718.2 du *Code criminel* à l'appui de sa proposition. Or, la liste des facteurs aggravants figurant dans cette disposition n'est pas limitative. De plus, à l'instar du facteur lié à l'état d'ébriété, cet élément a joué un rôle secondaire dans la détermination de la peine. En outre, contrairement aux prétentions de l'intimé, les séquelles subies par les proches des victimes peuvent constituer un facteur aggravant : *R. c. J.B.*, 2015 QCCQ 1884, par. 59 (CanLII); *R. c. Tang*, 2010 QCCS 5009, par. 23 (CanLII).

[86] En tout état de cause, la Cour d'appel n'a pas justifié sa décision en s'appuyant sur ces prétendues erreurs qui auraient été commises par le juge de première instance, mais plutôt en concluant que celui-ci se serait écarté de la fourchette de peines établie par les tribunaux en cas d'infractions de conduite avec les capacités affaiblies, et que la peine qu'il a infligée dérogeait au principe de la proportionnalité. Bref, les arguments suivant lesquels le juge de première instance aurait commis des erreurs eu égard aux facteurs atténuants et aggravants ne peuvent être retenus.

D. *La situation locale*

[87] En procédant à son analyse quant à la détermination de la peine, le juge de première instance

situation” factor (para. 73) and stressed the need to convey a strong message of general deterrence and denunciation. The Court of Appeal completely overlooked this in its decision. With all due respect, I find that in so doing, the Court of Appeal made another error.

[88] I note in this regard that the respondent submits that the trial judge erred in considering the particular situation in the Beauce region with regard to impaired driving offences. In my view, the respondent is wrong.

[89] Even though the *Criminal Code* applies everywhere in the country, local characteristics in a given region may explain certain differences in the sentences imposed on offenders by the courts. The frequency of a type of offence in a particular region can certainly be a relevant factor for a sentencing judge. In *M. (C.A.)*, Lamer C.J. stated the following:

The determination of a just and appropriate sentence is a delicate art which attempts to balance carefully the societal goals of sentencing against the moral blameworthiness of the offender and the circumstances of the offence, while at all times taking into account the needs and current conditions of and in the community. [Emphasis added; para. 91.]

He then added the following in the next paragraph:

As well, sentences for a particular offence should be expected to vary to some degree across various communities and regions in this country, as the “just and appropriate” mix of accepted sentencing goals will depend on the needs and current conditions of and in the particular community where the crime occurred. [para. 92]

[90] Although the fact that a type of crime occurs frequently in a particular region is not in itself an aggravating factor, there may be circumstances in which a judge might nonetheless consider such a fact in balancing the various sentencing objectives, including the need to denounce the unlawful conduct in question in that place and at the same time

a également invoqué le facteur de la « situation locale » (par. 73) et souligné le besoin de communiquer un fort message de dissuasion générale et de dénonciation. La Cour d’appel a totalement fait abstraction de cet élément dans son arrêt. Avec égards, je suis d’avis que ce faisant, la Cour d’appel a commis une autre erreur.

[88] Je rappelle à ce sujet que l’intimé soutient que le juge de première instance a commis une erreur en considérant la situation particulière existant en Beauce en matière d’infractions de conduite de véhicules avec les capacités affaiblies. Je suis d’avis que l’intimé a tort.

[89] En effet, même si le *Code criminel* s’applique dans l’ensemble du pays, les particularités locales de chaque région peuvent expliquer certaines divergences dans les peines infligées aux délinquants par les tribunaux. La fréquence d’un type d’infraction dans une région donnée peut certes constituer un facteur pertinent pour le juge dans la détermination de la peine. Dans *M. (C.A.)*, le juge en chef Lamer a affirmé ce qui suit :

La détermination d’une peine juste et appropriée est un art délicat, où l’on tente de doser soigneusement les divers objectifs sociétaux de la détermination de la peine, eu égard à la culpabilité morale du délinquant et aux circonstances de l’infraction, tout en ne perdant jamais de vue les besoins de la communauté et les conditions qui y règnent. [Je souligne; par. 91.]

Puis, il a ajouté ceci au paragraphe suivant :

De même, il faut s’attendre que les peines infligées pour une infraction donnée varient jusqu’à un certain point dans les différentes communautés et régions du pays, car la combinaison « juste et appropriée » des divers objectifs reconnus de la détermination de la peine dépendra des besoins de la communauté où le crime est survenu et des conditions qui y règnent. [par. 92]

[90] Quoique la fréquence d’un type de crime dans une région donnée ne constitue pas en soi un facteur aggravant, une telle situation peut néanmoins, selon les circonstances, être appréciée par le juge dans la mise en balance des différents objectifs de la détermination de la peine, notamment le besoin de dénoncer le comportement illégal à cet endroit et de

to deter anyone else from doing the same thing. It goes without saying, however, that the consideration of this factor must not lead to a sentence that is demonstrably unfit.

[91] The Quebec Court of Appeal has played an important role in the development of the Canadian case law on this subject. For example, in *R. v. Valiquette*, 2004 CanLII 20126, at paras. 48-50, it affirmed the decision of the trial judge, who had considered an upsurge in crimes involving the production of drugs in the Joliette district in order to emphasize the objectives of denunciation and general deterrence in the determination of a just and reasonable sentence.

[92] Similarly, the Quebec Court of Appeal found in *R. v. Nguyen*, 2007 QCCA 1500, at para. 7 (CanLII), that, in determining the sentence, the trial judge had been right to take into account the fact that there had been a large number of offences involving the cultivation of cannabis in certain parts of the Basses-Laurentides region, as well as the existence of a well-developed narcotics trafficking network there. In the Court of Appeal's view, the trial judge had not therefore been wrong to impose a sentence that would be harsh enough to deter individuals who might be tempted by the lure of gain to commit such offences.

[93] Other Canadian courts of appeal have also referred to the principle that the local situation may be one of the relevant factors to consider in determining a just and appropriate sentence: *R. v. Morrissette* (1970), 1 C.C.C. (2d) 307 (Sask. C.A.), at p. 310; *R. v. Laurila*, 2010 BCCA 535, 296 B.C.A.C. 139, at para. 6; *R. v. Woghiren*, 2004 CanLII 46649 (Ont. C.A.), at para. 3.

[94] It is true that considerations of procedural fairness will generally require that a judge who intends to attach weight to the local reality and to the frequency of a crime in a given region offer the parties an opportunity to make representations on the subject. However, this was not an issue in the case

dissuader quiconque, par la même occasion, d'en faire autant. Il va sans dire toutefois que la prise en compte de ce facteur ne doit pas avoir pour effet d'entraîner une peine manifestement non indiquée.

[91] Les jugements de la Cour d'appel du Québec occupent d'ailleurs une place de choix dans la jurisprudence canadienne à ce chapitre. À titre d'exemple, dans l'arrêt *R. c. Valiquette*, 2004 CanLII 20126, par. 48-50, la Cour d'appel du Québec a confirmé la décision du juge de première instance, qui avait tenu compte de la recrudescence des crimes liés à la production de drogue dans le district de Joliette afin de privilégier les objectifs de dénonciation et de dissuasion générale dans le processus de détermination d'une peine juste et raisonnable.

[92] Pareillement, dans l'arrêt *R. c. Nguyen*, 2007 QCCA 1500, par. 7 (CanLII), cette même Cour d'appel a confirmé que, dans le cadre de la détermination de la peine, le juge de première instance avait eu raison de tenir compte du nombre élevé d'infractions liées à la culture du cannabis dans certaines localités des Basses-Laurentides, ainsi que de la présence d'un réseau bien structuré de trafic de stupéfiants dans cette région. En conséquence, selon la Cour d'appel, le juge de première instance n'avait pas eu tort d'infliger une peine dont la sévérité aurait pour effet de dissuader les personnes qui seraient tentées, par l'appât du gain, de commettre ce genre d'infraction.

[93] D'autres cours d'appel au pays ont également réitéré le principe selon lequel la situation locale peut constituer l'un des facteurs pertinents dans la détermination d'une peine juste et appropriée : *R. c. Morrissette* (1970), 1 C.C.C. (2d) 307 (C.A. Sask.), p. 310; *R. c. Laurila*, 2010 BCCA 535, 296 B.C.A.C. 139, par. 6; *R. c. Woghiren*, 2004 CanLII 46649 (C.A. Ont.), par. 3.

[94] Il est vrai que des considérations d'équité procédurale exigeront généralement d'un juge qui entend accorder une importance à la réalité locale et à la fréquence d'un crime dans une région particulière de donner aux parties l'occasion de se prononcer à ce sujet. Cependant, ce problème ne

at bar, given that the local reality was not in dispute. The record shows that the point about the local reality was raised by the appellant in argument in a timely fashion and that the respondent therefore had all the information he needed in deciding to say nothing in this regard: transcript from September 14, 2013, A.R., vol. II, at p. 91.

[95] In any event, I am of the view that it was open to Judge Couture to take judicial notice of the evil represented by the large number of offences related to drinking and driving that are committed in the Beauce district. Judge Couture was the resident judge in that district. He was therefore in a position to observe and assess the magnitude of the problem in his region, especially given that it is well established in our law that judges can take judicial notice of the contexts in which they perform the duties of their offices: *R. v. Z.Z.*, 2013 QCCA 1498, at para. 68 (CanLII); *R. v. Hernandez*, 2009 BCCA 546, 277 B.C.A.C. 120, at para. 29. This Court stated in *R. v. MacDougall*, [1998] 3 S.C.R. 45, at para. 63, per McLachlin J., that trial judges and provincial courts of appeal are in the best position to know the particular circumstances in their jurisdictions. In the case at bar, the frequency of impaired driving offences is something that can be determined objectively by consulting the court rolls. In short, it is public information that is known and uncontroversial, and the local reality was not in dispute in the instant case.

[96] In the circumstances, requiring the preparation and filing of additional evidence to establish that prosecutions for impaired driving offences were regularly on the penal or criminal roll in the Beauce district is in my opinion pointless. It is the trial judge who is in the best position to know the nature of the cases before his or her court.

[97] My colleague agrees that, in the circumstances, Judge Couture cannot be criticized for the comments he made on the situation in his region in referring (at para. 72) to [TRANSLATION] “this

se posait pas en l’espèce puisque la réalité locale n’était pas contestée. En effet, le dossier révèle que l’argument fondé sur la réalité locale a été soulevé en temps utile par l’appelante lors des débats, et que c’est donc en toute connaissance de cause que l’intimé ne s’est pas prononcé à cet égard : notes sténographiques du 14 septembre 2013, d.a., vol. II, p. 91.

[95] À tout événement, j’estime que le juge Couture pouvait prendre connaissance d’office de l’existence du fléau que représente le nombre élevé d’infractions liées à la consommation d’alcool au volant dans le district de Beauce. En effet, le juge Couture occupait le poste de juge résident dans ce district. Il était donc en mesure de constater et apprécier l’ampleur du problème dans sa région, surtout qu’il est bien établi dans notre droit que le juge a une connaissance d’office du milieu dans lequel il exerce ses fonctions : *R. c. Z.Z.*, 2013 QCCA 1498, par. 68 (CanLII); *R. c. Hernandez*, 2009 BCCA 546, 277 B.C.A.C. 120, par. 29. Dans *R. c. MacDougall*, [1998] 3 R.C.S. 45, par. 63, notre Cour a précisé, sous la plume de la juge McLachlin, que les juges de première instance et les cours d’appel provinciales sont les mieux placés pour connaître la situation particulière qui existe dans leur ressort. En l’espèce, la fréquence des infractions de conduite avec les capacités affaiblies est un fait qui peut être constaté objectivement en consultant les rôles des tribunaux. Bref, il s’agit d’une information publique connue et non controversée, et la réalité locale n’était pas contestée en l’espèce.

[96] Dans les circonstances, exiger la confection et le dépôt d’une preuve additionnelle pour établir que des poursuites relatives à des infractions liées à la consommation d’alcool au volant étaient régulièrement inscrites au rôle pénal ou criminel dans le district de Beauce m’apparaît inutile. En effet, les juges d’instance sont les mieux placés pour connaître la nature des causes dont leurs tribunaux sont saisis.

[97] Mon collègue reconnaît que, dans les circonstances, on ne peut reprocher au juge Couture ses remarques sur la situation existant dans sa région, c’est-à-dire lorsque ce dernier fait état (au par. 72)

scourge” in his district. Having said this, my colleague states that Judge Couture was not in a position to take judicial notice of the fact that impaired driving is trivialized in the Beauce region more than elsewhere in Quebec. Yet that is not what Judge Couture did. Rather, he merely asked out loud whether, given the large number of criminal charges involving impaired driving that have been laid in the Beauce district, driving in such a state is trivialized there more than elsewhere.

[98] In any case, it would have been open to the trial judge, as the resident judge in the Beauce district and one who was required to sit in other judicial districts, to compare the hearing rolls in the Beauce district with the rolls of other districts had he in fact done so. In *R. v. Dumais*, 2010 QCCA 1030, at para. 7 (CanLII), the Quebec Court of Appeal affirmed the sentence that had been imposed by the trial judge, which was based, in part, on his having taken judicial notice of a scourge of drug trafficking in the Baie-Comeau area. Even though the trial judge did not reside in Baie-Comeau, he was familiar with the community, where he sat regularly and where he had previously presided over a trial concerning a major drug trafficking network that had taken several weeks to complete.

[99] At any rate, I am of the opinion that the mere fact that the trial judge found that impaired driving is a scourge in the Beauce district was in itself sufficient for him to consider this factor in determining what would be a just and appropriate sentence.

[100] The case law of the Quebec Court of Appeal supports this conclusion. For example, in *Valiquette*, that court found that it had been open to the trial judge to consider an upsurge in crimes involving the production of narcotics in the Joliette district as a relevant factor in the sentencing process. It did not require the trial judge to compare the local situation with the situation elsewhere before emphasizing the objectives of general deterrence and denunciation, as it merely stated that [TRANSLATION] “the judge [had] not err[ed] in taking

de « ce fléau » dans son district. Cela dit, mon collègue est d’avis que le juge Couture n’était pas en mesure de prendre connaissance d’office du fait que la conduite avec les capacités affaiblies était plus banalisée en Beauce qu’ailleurs au Québec. Or, ce n’est pas l’exercice auquel s’est livré le juge de première instance. Le juge Couture s’est plutôt limité à se demander tout haut si, en raison du nombre élevé d’accusations criminelles portées en semblable matière dans le district de Beauce, cette conduite n’y était pas banalisée plus qu’ailleurs.

[98] En tout état de cause, il aurait été loisible au juge de première instance, en tant que juge résident dans le district de Beauce et appelé à siéger dans d’autres districts judiciaires, de comparer les rôles d’audience en Beauce à ceux d’autres endroits, s’il avait effectivement procédé à une telle comparaison. Ainsi, dans l’arrêt *R. c. Dumais*, 2010 QCCA 1030, par. 7 (CanLII), la Cour d’appel du Québec a confirmé la peine qui avait été infligée par le juge de première instance, laquelle était basée en partie sur sa connaissance d’office du fléau que constituait le trafic de drogue dans la région de Baie-Comeau. Même si le juge de première instance ne résidait pas à Baie-Comeau, il était familier avec cette communauté, où il siégeait régulièrement et où il avait présidé pendant plusieurs semaines un procès impliquant un important réseau de trafic de drogues.

[99] Quoi qu’il en soit, je suis d’avis que le seul fait d’avoir constaté que l’alcool au volant constitue un fléau dans le district de Beauce était suffisant en soi pour que le juge de première instance puisse considérer ce facteur dans la détermination de la peine juste et appropriée.

[100] La jurisprudence de la Cour d’appel du Québec appuie cette conclusion. À titre d’exemple, dans l’arrêt *Valiquette*, la Cour d’appel a reconnu le pouvoir du juge d’instance de retenir, à titre de facteur pertinent dans le processus de détermination de la peine, la recrudescence des crimes liés à la production de stupéfiants dans le district de Joliette. La Cour d’appel n’a imposé aucune obligation au juge d’instance de comparer la situation locale avec celle existant ailleurs afin de privilégier les objectifs de dissuasion générale et de dénonciation, se contentant

the local situation and the upsurge in this type of crime in the Joliette area into account”: *Valiquette*, at para. 48.

[101] And in a recent case, *R. v. St-Germain*, 2015 QCCA 1108, at paras. 38 and 47 (CanLII), the Quebec Court of Appeal affirmed a decision in which the trial judge had emphasized the objectives of deterrence and denunciation because of the upsurge in crimes involving the production of drugs in the Joliette district. No comparative analysis was necessary, nor was one required by the Court of Appeal, in support of that conclusion.

[102] Moreover, the fact that trial judges normally preside in or near the communities that have borne the consequences of the crimes in question is one of the factors in support of deferring to their sentencing decisions, and it is not necessary for them to have knowledge of the situations in other judicial districts. They are accordingly aware of the frequency of various offences in their communities, and for that reason in particular, they are in the best position to determine what weight to attach to this and [TRANSLATION] “to properly assess the particular combination of sentencing objectives that is just and appropriate for the protection of [the] community”: *R. v. Pelletier*, 2008 QCCA 1616, at para. 3 (CanLII).

[103] For the reasons set out above, I am of the opinion that Judge Couture did not make an error in principle by referring in his decision to the particular situation in the Beauce region as one of the relevant factors to consider in imposing an exemplary or deterrent sentence.

[104] For the same reasons, I respectfully find that the Court of Appeal erred in principle by failing to consider the local situation factor in its decision despite the fact that it had previously found this factor to be legitimate in other cases. Given that Judge Couture had stressed the relevance of the local situation in the circumstances of this case, it was inappropriate for the Court of Appeal to disregard this

plutôt d’affirmer que « le juge n’a[vait] pas commis d’erreur en tenant compte de la situation locale et de la recrudescence de ce genre de crime dans la région de Joliette » : *Valiquette*, par. 48.

[101] En outre, dans un arrêt récent, *R. c. St-Germain*, 2015 QCCA 1108, par. 38 et 47 (CanLII), la Cour d’appel du Québec a confirmé la décision du juge de première instance, qui avait privilégié les objectifs de dissuasion et de dénonciation en raison de la recrudescence des crimes liés à la production de drogue dans le district de Joliette. Or, aucun examen comparatif n’a été nécessaire ni imposé par la Cour d’appel au soutien de cette conclusion.

[102] Le fait que les juges de première instance exercent normalement leur charge dans la communauté ayant subi les conséquences des crimes ou à proximité de celle-ci est d’ailleurs l’un des facteurs qui expliquent la déférence accordée à leurs jugements en matière de détermination de la peine, et ce, même s’ils n’ont pas nécessairement une connaissance de la situation qui a cours dans d’autres districts judiciaires. En conséquence, ces juges sont au fait de la fréquence des diverses infractions dans leur milieu et, notamment pour cette raison, ils sont les mieux placés pour bien en apprécier le poids et « bien évaluer la combinaison particulière des objectifs de détermination de la peine qui est juste et appropriée pour assurer la protection de [la] communauté » : *R. c. Pelletier*, 2008 QCCA 1616, par. 3 (CanLII).

[103] Pour les raisons susmentionnées, je suis d’avis que le juge Couture n’a pas commis d’erreur de principe en invoquant dans sa décision la situation particulière qui sévit dans la région de la Beauce comme un des facteurs pertinents pour infliger une peine exemplaire ou dissuasive.

[104] Pour les mêmes raisons, en omettant d’examiner le facteur fondé sur la situation locale dans son arrêt, malgré le fait qu’elle ait déjà reconnu la légitimité de ce facteur dans d’autres arrêts, j’estime avec égards que la Cour d’appel a commis une erreur de principe. Comme le juge Couture avait souligné la pertinence de ce facteur eu égard aux circonstances de la présente affaire, la Cour d’appel

factor in assessing the fitness of the sentence, as that meant that its analysis was incomplete.

[105] In conclusion, it is my opinion that the sentence of six years and six months' imprisonment imposed by Judge Couture, although severe, falls within the overall range of sentences normally imposed in Quebec and elsewhere in the country and is not demonstrably unfit. It must therefore be restored.

E. *Driving Prohibition*

[106] The appellant submits on the basis of s. 719(1) of the *Criminal Code* that a sentence must commence when it is imposed and that the Court of Appeal erred in imposing a four-year driving prohibition on the respondent at the end of his term of incarceration.

[107] In my view, the appellant is wrong on this point. The case on which the appellant relies for this, *R. v. Laycock* (1989), 51 C.C.C. (3d) 65 (Ont. C.A.), was decided in 1989, at which time s. 259(2)(a) of the *Criminal Code* was worded as follows:

259. ...

(2) Where an offender is convicted or discharged under section 736 of an offence under section 220, 221, 236, 249, 250, 251, 252 or this section or subsection 255(2) or (3) committed by means of a motor vehicle, vessel or aircraft, the court that sentences the offender may, in addition to any other punishment that may be imposed for that offence, make an order prohibiting the offender from operating a motor vehicle on any street, road, highway or other public place, a vessel or an aircraft, as the case may be,

(a) during any period that the court considers proper, if the offender is liable to imprisonment for life in respect of that offence;

[108] This provision was subsequently amended. The relevant paragraph currently reads as follows:

(a.1) during any period that the court considers proper, plus any period to which the offender is sentenced to imprisonment, if the offender is liable to imprisonment

ne pouvait le passer sous silence dans son appréciation de la justesse de la sentence, sous peine de procéder à une analyse incomplète.

[105] En conclusion, je suis d'avis que, bien qu'elle soit sévère, la peine de six ans et six mois d'emprisonnement prononcée par le juge Couture se situe à l'intérieur de la fourchette globale des peines normalement infligées au Québec et ailleurs au pays, et qu'elle n'est pas manifestement non indiquée. En conséquence, elle doit être rétablie.

E. *Interdiction de conduire*

[106] Invoquant le par. 719(1) du *Code criminel*, l'appelante soutient qu'une peine doit débiter au moment où elle est prononcée et que la Cour d'appel a commis une erreur en imposant à l'intimé une interdiction de conduire de quatre ans au terme de la période d'incarcération.

[107] J'estime que l'appelante a tort sur ce point. L'arrêt sur lequel elle s'appuie à cet égard, *R. c. Laycock* (1989), 51 C.C.C. (3d) 65 (C.A. Ont.), a été rendu en 1989, alors que l'al. 259(2)a) du *Code criminel* était rédigé ainsi :

259. ...

(2) Lorsqu'un contrevenant est déclaré coupable ou absous en vertu de l'article 736 d'une infraction prévue aux articles 220, 221, 236, 249, 250, 251, 252 ou au présent article ou aux paragraphes 255(2) ou (3), commise au moyen d'un véhicule à moteur, d'un bateau ou d'un aéronef, le tribunal qui lui inflige une peine peut, en plus de toute autre peine applicable en l'espèce, rendre une ordonnance lui interdisant de conduire un véhicule à moteur, un bateau ou un aéronef :

a) durant toute période que le tribunal considère appropriée, si le contrevenant est passible d'un emprisonnement à perpétuité pour cette infraction;

[108] Cette disposition a été modifiée par la suite. Voici le texte actuel de l'alinéa en cause :

a.1) durant toute période que le tribunal considère comme appropriée, en plus de la période d'emprisonnement à laquelle il est condamné si celle-ci est

for life in respect of that offence and if the sentence imposed is other than imprisonment for life;

[109] By adding the words “plus any period to which the offender is sentenced to imprisonment”, Parliament was making it clear that it intended driving prohibitions to commence at the end of the period of imprisonment, not on the date of sentencing. Section 719(1) provides that a sentence commences when it is imposed, except where an enactment otherwise provides. That is exactly what s. 259(2) does. The Court of Appeal did not err in this regard.

[110] What remains is a simple mathematical operation. Judge Couture imposed an 11-year driving prohibition commencing at the time of sentencing. If the term of imprisonment of six years and five months is subtracted, the driving prohibition should have been for four years and seven months commencing at the time of the respondent’s release.

[111] Another question concerning the driving prohibition arose at the hearing. The respondent submits that, because he entered into a recognizance under which he was not to drive from July 5, 2011, the date he was released on conditions, until October 4, 2013, the date of his sentencing, he should be credited for that period. In the same way as the conditions of pre-trial detention, the length of a pre-sentence driving prohibition can be considered in analyzing the reasonableness of the prohibition: *R. v. Bilodeau*, 2013 QCCA 980, at para. 75 (CanLII); see also *R. v. Williams*, 2009 NBPC 16, 346 N.B.R. (2d) 164.

[112] The courts have seemed quite reluctant to grant a credit where the release of the accused was subject to restrictions, given that such restrictive release conditions are not equivalent to actually being in custody (“bail is not jail”): *R. v. Downes* (2006), 79 O.R. (3d) 321 (C.A.); *R. v. Ijam*, 2007 ONCA 597, 87 O.R. (3d) 81, at para. 36; *R. v. Panday*, 2007 ONCA 598, 87 O.R. (3d) 1.

inférieure à l’emprisonnement à perpétuité, dans le cas où le contrevenant est passible d’un emprisonnement à perpétuité pour cette infraction;

[109] En ajoutant les mots « en plus de la période d’emprisonnement à laquelle il est condamné », le législateur est venu préciser que les interdictions de conduire commencent au terme de la période d’emprisonnement, et non à la date du prononcé de la peine d’emprisonnement. Le paragraphe 719(1) précise quant à lui que la peine commence au moment où elle est infligée, à moins que le texte n’y pourvoie différemment. C’est exactement ce que fait le par. 259(2). La Cour d’appel n’a commis aucune erreur à cet égard.

[110] La suite n’est que simple opération mathématique. Le juge Couture a imposé une interdiction de conduire de 11 ans débutant au moment du prononcé de la peine. Si l’on soustrait les six ans et cinq mois d’emprisonnement, l’interdiction de conduire aurait dû être une période de quatre ans et sept mois débutant au moment de la libération.

[111] Une autre question relative à l’interdiction de conduire s’est posée à l’audience. Puisque l’intimé s’est engagé à ne pas conduire à compter du 5 juillet 2011, date de sa remise en liberté sous conditions, et ce, jusqu’au 4 octobre 2013, date du prononcé de la peine, il soutient que cette période doit lui être créditée. Tout comme les conditions de détention avant le procès, la durée de l’interdiction de conduire préalable au prononcé de la peine peut être prise en considération dans l’analyse du caractère raisonnable de l’interdiction : *R. c. Bilodeau*, 2013 QCCA 980, par. 75 (CanLII); voir aussi *R. c. Williams*, 2009 NBCP 16, 346 R.N.-B. (2^e) 164.

[112] Jusqu’ici, les tribunaux ont semblé plutôt réticents à accorder un crédit lorsque la remise en liberté est assortie de restrictions vu que de telles conditions restrictives de liberté n’équivalent pas à une détention réelle (« *bail is not jail* ») ([TRADUCTION] « liberté sous caution n’équivaut pas à détention ») : *R. c. Downes* (2006), 79 O.R. (3d) 321 (C.A.); *R. c. Ijam*, 2007 ONCA 597, 87 O.R. (3d) 81, par. 36; *R. c. Panday*, 2007 ONCA 598, 87 O.R. (3d) 1.

[113] In the instant case, the driving prohibition has the same effect regardless of whether it was imposed before or after the respondent was sentenced. In *R. v. Sharma*, [1992] 1 S.C.R. 814, Lamer C.J., dissenting, explained that the accused had in fact begun serving his sentence, given that the driving prohibition would have been imposed as part of his sentence had he been tried and found guilty within a reasonable time. In short, where a driving prohibition is not only one of the release conditions imposed on an accused but also part of the sentence imposed upon his or her conviction, the length of the presentence driving prohibition must be subtracted from the prohibition imposed in the context of the sentence.

[114] In my view, therefore, the driving prohibition of four years and seven months imposed in this case is demonstrably unfit and must be reduced to two years and four months to take account of the recognizance entered into by the respondent under which he was to refrain from driving from his release date until his sentencing date (two years and three months).

F. *Fresh Evidence*

[115] The criteria that apply to a court of appeal's decision whether to receive fresh evidence were articulated in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759:

- (1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases
- (2) The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial.
- (3) The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief, and
- (4) It must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result. [Citation omitted; p. 775.]

[113] Or, en l'espèce, que l'interdiction de conduire soit imposée avant ou après le prononcé de la peine, son effet est identique. Dans l'arrêt *R. c. Sharma*, [1992] 1 R.C.S. 814, le juge en chef Lamer avait expliqué, en dissidence, que l'accusé avait dans les faits commencé à purger sa peine, étant donné que l'interdiction de conduire aurait fait partie intégrante de sa sentence s'il avait été jugé et reconnu coupable dans un délai raisonnable. Bref, lorsqu'une interdiction de conduire fait non seulement partie des conditions de remise en liberté imposées à un accusé mais également de la peine qui lui est infligée en cas de déclaration de culpabilité, la durée de l'interdiction de conduire préalable au prononcé de la peine doit être soustraite de l'interdiction prononcée dans le cadre de la sentence.

[114] En conséquence, je suis d'avis que l'interdiction de conduire de quatre ans et sept mois imposée en l'espèce est manifestement non indiquée et doit être réduite à deux ans et quatre mois pour tenir compte de l'engagement qu'a pris l'intimé de s'abstenir de conduire de la date de sa remise en liberté à celle du prononcé de la peine (deux ans et trois mois).

F. *Preuve nouvelle*

[115] Les conditions de réception d'une preuve nouvelle en appel ont été énumérées dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759 :

- (1) On ne devrait généralement pas admettre une déposition qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles . . .
- (2) La déposition doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès.
- (3) La déposition doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi, et
- (4) elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat. [Référence omise; p. 775.]

[116] Although that case involved an appeal from a verdict, this Court has confirmed that the same criteria apply under s. 687(1) of the *Criminal Code* when a court of appeal determines whether it thinks “fit” to receive fresh evidence to decide an appeal against a sentence: *R. v. Lévesque*, 2000 SCC 47, [2000] 2 S.C.R. 487. As Charron J. noted in *R. v. Angelillo*, 2006 SCC 55, [2006] 2 S.C.R. 728, “[w]hat must guide the court of appeal in assessing the admissibility of fresh evidence [are] the interests of justice” (para. 12).

[117] In the case at bar, only the fourth criterion is problematic. The appellant submits that the evidence of the respondent’s two breaches of his recognizances would have affected the trial judge’s decision, since those breaches relate to the respondent’s potential for rehabilitation. The respondent argues that the two breaches were essentially minor and that the Court of Appeal was not wrong to find that the evidence regarding them would have been unlikely to affect the final result.

[118] In my opinion, the fresh evidence was relevant. Although the two breaches in question are not actually related to the operation of a motor vehicle, they are evidence of a lack of respect on the respondent’s part for court orders and for the law, which relates directly to the conditions for his rehabilitation.

[119] In *Lees v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 749, McIntyre J. found that evidence of potential but untried charges was admissible on the issue of “the appellant’s character, conduct, and attitude, all proper factors to be taken into consideration on sentencing” (p. 754). In the instant case, the respondent pleaded guilty to two counts of failure to comply with a recognizance. If made earlier, those guilty pleas would certainly have been included in the presentence report in accordance with s. 721(3)(b) of the *Criminal Code*.

[120] From this perspective, the evidence of the two breaches of the recognizances could have

[116] Même si cette affaire portait sur l’appel d’un verdict, notre Cour a confirmé que les mêmes critères s’appliquent pour décider si, aux termes du par. 687(1) du *Code criminel*, une preuve nouvelle est « utile » afin de statuer sur l’appel d’une peine : *R. c. Lévesque*, 2000 CSC 47, [2000] 2 R.C.S. 487. Comme l’a rappelé la juge Charron dans *R. c. Angelillo*, 2006 CSC 55, [2006] 2 R.C.S. 728, c’est « l’intérêt de la justice qui doit guider le tribunal d’appel dans son appréciation de l’admissibilité d’une preuve nouvelle » (par. 12).

[117] En l’espèce, seul le quatrième critère pose problème. L’appelante soutient que la preuve des deux manquements par l’intimé à ses engagements aurait influencé la décision du juge de première instance car ces manquements affectent le potentiel de réinsertion sociale de l’intimé. Ce dernier affirme pour sa part que ces deux manquements étaient somme toute mineurs et que la Cour d’appel n’a pas eu tort de conclure que la preuve de ceux-ci n’aurait pas été susceptible d’influer sur le résultat final.

[118] J’estime que cette preuve nouvelle était pertinente. Même s’ils ne sont pas liés à la conduite automobile en tant que telle, les deux manquements en cause témoignent du manque de respect de l’intimé à l’égard des ordonnances des tribunaux et de la loi, ce qui affecte directement les conditions de sa réinsertion sociale.

[119] Dans l’arrêt *Lees c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 749, le juge McIntyre a conclu qu’un témoignage concernant de possibles accusations n’ayant cependant fait l’objet d’aucun procès était recevable parce qu’il portait sur « la réputation, la conduite et l’attitude de l’appelant, des éléments qui peuvent à juste titre être pris en considération pour établir la sentence » (p. 754). Dans la présente affaire, l’intimé a plaidé coupable à deux accusations d’avoir omis de se conformer à des engagements. Ces plaidoyers de culpabilité, s’ils avaient été faits plus tôt, auraient certes figuré au rapport présentiel, conformément à l’al. 721(3)b) du *Code criminel*.

[120] En ce sens, la preuve des deux manquements aux engagements aurait pu influencer sur le poids

affected the weight given to the favourable presentence report and could therefore have affected the final sentencing decision. In particular, the Court of Appeal might have reached a different conclusion if it had admitted that evidence, which would have helped it in assessing the fitness of the sentence that had been imposed at trial.

V. Disposition

[121] For these reasons, I would allow the appeal and restore the sentence imposed by the trial judge except as regards the driving prohibition, which is reduced to two years and four months commencing at the end of the respondent's incarceration.

English version of the reasons of McLachlin C.J. and Gascon J. delivered by

GASCON J. (dissenting) —

I. Introduction

[122] I have read the reasons of Wagner J., and I will defer to his summary of the facts and of the decisions rendered by the courts below. With respect, however, I disagree with my colleague's disposition of the issues. I am fully aware of the devastating consequences of the offences in question for the victims and their families, but I nonetheless believe that the Quebec Court of Appeal was right to intervene in this case. Although that court's comments about the application of the sentencing ranges may, if considered in isolation, suggest that it adopted an overly rigid approach, I am satisfied from its reasons as a whole that it correctly stated the law on the criteria for intervention in this regard.

[123] The degree of censure required to express society's condemnation of an offence is always subject to the principle that an offender's sentence must be equivalent to his or her moral culpability, and not greater than it. In the instant case, the trial judge placed undue emphasis on the factors related to the

accordé au rapport présentenciel favorable et, par voie de conséquence, sur la décision finale quant à la peine infligée. En particulier, la Cour d'appel aurait pu conclure différemment si elle avait admis cette preuve, laquelle permettait d'apprécier en partie la justesse de la peine infligée en première instance.

V. Dispositif

[121] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la peine prononcée par le juge de première instance, sauf en ce qui concerne l'interdiction de conduire, laquelle est réduite à une période de deux ans et quatre mois commençant au terme de l'incarcération.

Les motifs de la juge en chef McLachlin et du juge Gascon ont été rendus par

LE JUGE GASCON (dissident) —

I. Introduction

[122] J'ai pris connaissance des motifs du juge Wagner et je m'en remets à son résumé des faits et des décisions antérieures rendues en l'espèce. Cependant, avec égards, je ne souscris pas à la façon dont mon collègue tranche les questions en litige. Je suis pleinement conscient des conséquences dévastatrices des infractions en cause sur les victimes et leur famille. J'estime néanmoins que la Cour d'appel du Québec a eu raison d'intervenir ici. Même si, pris isolément, les commentaires de la Cour d'appel à propos de l'application des fourchettes de peines peuvent donner à penser qu'elle a adopté une approche trop rigide à ce sujet, la lecture de l'ensemble de ses motifs me convainc qu'elle s'est bien dirigée en droit sur les critères d'intervention en cette matière.

[123] Le degré de censure requis pour exprimer la réprobation de la société à l'égard d'une infraction demeure, dans tous les cas, régi par le principe selon lequel la peine infligée à un délinquant doit correspondre à sa culpabilité morale, et non pas être supérieure à celle-ci. En l'espèce, le premier juge a

objectives of general deterrence and exemplarity (i.e. the fact of making an example of an offender). This led him to err, first, in disregarding this fundamental principle of proportionality and, second, in imposing a sentence that represented a substantial and marked departure from the sentences customarily imposed on similar offenders who have committed similar offences in similar circumstances. By varying the sentence from 78 to 48 months, the Court of Appeal reduced it by more than a third, which was certainly a significant reduction. Insofar as the Court of Appeal correctly stated the law and as its intervention was therefore warranted, this Court should not interfere with its conclusions as to the sentence it imposed on the respondent, which is in fact just and appropriate.

[124] On the other hand, I agree with my colleague that the courts below erred in failing to take into account the length of the respondent's presence driving prohibition. Indeed, the appellant conceded this at the hearing in this Court. The driving prohibition imposed by the Court of Appeal should therefore be varied accordingly. I would retain the wording it used with respect to this prohibition, however.

[125] Finally, the Court of Appeal held that fresh evidence of breaches by the accused of two recognizances was not reasonably capable of tipping the scales in favour of a harsher sentence for the purpose of protecting society. On this point, too, it correctly applied the law. I see no error that justifies this Court in interfering with that conclusion.

[126] Accordingly, I would have allowed the appeal for the sole purpose of reducing the respondent's driving prohibition to one year and nine months, plus the period of 48 months to which he was sentenced to imprisonment.

indûment insisté sur les facteurs relatifs aux objectifs de dissuasion générale et d'exemplarité. C'est ainsi qu'à tort il a, d'une part, fait abstraction de ce principe fondamental de proportionnalité et, d'autre part, imposé une peine qui s'écartait de façon marquée et substantielle de celles habituellement infligées à des délinquants ayant commis des infractions similaires dans des circonstances similaires. En modifiant la peine de 78 à 48 mois, la Cour d'appel l'a réduite de plus du tiers, ce qui représente certainement un écart marqué. Dans la mesure où la Cour d'appel s'est bien dirigée en droit et que son intervention était de ce fait justifiée, il n'appartient pas à notre Cour de s'immiscer dans ses conclusions sur la détermination de la peine par ailleurs juste et appropriée à laquelle elle a condamné l'intimé.

[124] Je conviens par contre avec mon collègue que les tribunaux d'instances inférieures ont erré en omettant de tenir compte de la durée de l'interdiction de conduire préalable au prononcé de la peine. L'appelante le concède d'ailleurs à l'audience devant nous. L'interdiction de conduire imposée par la Cour d'appel devrait donc être modifiée en conséquence. Je m'en tiendrais toutefois à sa formulation de l'interdiction applicable à ce chapitre.

[125] Enfin, la Cour d'appel a jugé que la preuve nouvelle des manquements de l'accusé à deux engagements n'était pas raisonnablement susceptible de faire pencher la balance en faveur d'une peine plus sévère dans le but d'assurer la protection de la société. Là aussi, elle a correctement appliqué le droit. Je ne décèle aucune erreur qui justifie notre intervention dans cette conclusion.

[126] Par conséquent, je n'aurais accueilli l'appel qu'à la seule fin de réduire l'interdiction de conduire de l'intimé à une période de un an et neuf mois, en plus de la période d'emprisonnement de 48 mois à laquelle il a été condamné.

II. Analysis

A. *Sentence*

(1) Sentencing Principles and Objectives

[127] Sentencing judges must take into consideration, *inter alia*, the objectives of deterrence and rehabilitation, any relevant aggravating and mitigating circumstances relating to the offence or the offender, and the principle that a sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances: ss. 718 and 718.2(a) and (b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Cr. C.*”). The reconciliation of these different factors requires that the sentence be consistent with the fundamental principle of sentencing, set out in s. 718.1 *Cr. C.*, that “[it] must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender”: *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, at para. 42; see also *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at para. 82; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688.

[128] The principle of proportionality has a long history as a guiding principle in sentencing, and it has a constitutional dimension: *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206, at para. 41; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 41. A person cannot be made to suffer a disproportionate punishment simply to send a message to discourage others from offending: *Nur*, at para. 45. As Rosenberg J.A. wrote in *R. v. Priest* (1996), 30 O.R. (3d) 538 (C.A.), at pp. 546-47:

The principle of proportionality is rooted in notions of fairness and justice. For the sentencing court to do justice to the particular offender, the sentence imposed must reflect the seriousness of the offence, the degree of culpability of the offender, and the harm occasioned by the offence. The court must have regard to the aggravating and mitigating factors in the particular case. Careful adherence to the proportionality principle ensures that

II. Analyse

A. *La peine*

(1) Les principes et objectifs de la détermination de la peine

[127] Le juge appelé à déterminer une peine doit notamment tenir compte des objectifs de dissuasion et de réinsertion sociale, des circonstances aggravantes et atténuantes relatives à la perpétration de l’infraction ou à la situation du délinquant, ainsi que du principe de l’infliction de peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables : art. 718 et al. 718.2a) et b) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 (« *C. cr.* »). Aux termes de l’art. 718.1 *C. cr.*, pour concilier ces différents facteurs, il faut que la peine satisfasse au principe fondamental de la détermination de la peine suivant lequel « [elle] est proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant » : *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, par. 42; voir aussi *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, par. 82; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688.

[128] Le principe de proportionnalité joue depuis longtemps un rôle de principe directeur en matière de détermination de la peine et il possède une dimension constitutionnelle : *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206, par. 41; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 41. On ne peut infliger à une personne une peine disproportionnée à la seule fin de dissuader ses concitoyens de désobéir à la loi : *Nur*, par. 45. Comme l’écrit le juge Rosenberg dans *R. c. Priest* (1996), 30 O.R. (3d) 538 (C.A.), p. 546-547 :

[TRADUCTION] Le principe de proportionnalité tire son origine des notions d’équité et de justice. Pour que le tribunal qui statue sur la peine rende justice à l’égard d’un délinquant en particulier, la peine infligée doit refléter la gravité de l’infraction, le degré de culpabilité du contrevenant et le tort causé par l’infraction. Le tribunal doit tenir compte des circonstances aggravantes et atténuantes du cas particulier dont il est saisi. L’adhésion

this offender is not unjustly dealt with for the sake of the common good. [Footnote omitted.]

Although a court can, in pursuit of the objective of general deterrence, impose a harsher sentence in order to send a message with a view to deterring others, the offender must still deserve that sentence: *R. v. Paré*, 2011 QCCA 2047; G. Renaud, *The Sentencing Code of Canada: Principles and Objectives* (2009), at para. 3.13. If a judge fails to individualize a sentence and to consider the relevant mitigating factors while placing undue emphasis on the circumstances of the offence and the objectives of denunciation and deterrence, all that is done is to punish the crime: *R. v. R. (M.)*, 2010 QCCA 16, 73 C.R. (6th) 136. Proportionality requires that a sentence not exceed what is just and appropriate in light of the moral blameworthiness of the offender and the gravity of the offence. From this perspective, it serves as a limiting principle: *Nasogaluak*, at para. 42.

[129] My colleague states that the principle of proportionality means that the more serious the crime and its consequences, or the greater the offender's degree of responsibility, the heavier the sentence will be (para. 12). I would qualify this statement somewhat. In my view, an offender's degree of responsibility does not flow inevitably and solely from the gravity of the offence. The gravity of the offence and the moral blameworthiness of the offender are two separate factors, and the principle of proportionality requires that full consideration be given to each of them: *Proulx*, at para. 83. As s. 718.1 *Cr. C.* provides, "[a] sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender."

[130] Whereas the gravity of the offence concerns the harm caused by the offender to the victim as well as to society and its values, the other aspect of the principle of proportionality involves factors that relate to the offender's moral culpability:

The "degree of responsibility of the offender" as used in s. 718.1 certainly includes the mens rea level of intent, recklessness or wilful blindness associated with the

rigoureuse au principe de proportionnalité garanti pour le bien de tous que le contrevenant visé n'est pas traité injustement. [Note en bas de page omise.]

Bien que, s'il poursuit l'objectif de dissuasion générale, le tribunal peut imposer une peine plus sévère afin de transmettre un message de dissuasion, encore faut-il que le délinquant en cause mérite cette peine : *R. c. Paré*, 2011 QCCA 2047; G. Renaud, *The Sentencing Code of Canada : Principles and Objectives* (2009), par. 3.13. Le juge ne fait que punir le crime s'il omet d'individualiser la peine et de considérer les facteurs atténuants pertinents tout en insistant indûment sur les circonstances de la perpétration de l'infraction et les objectifs de dénonciation et de dissuasion : *R. c. R. (M.)*, 2010 QCCA 16, 73 C.R. (6th) 136. La proportionnalité requiert que la sanction n'excède pas ce qui est juste et approprié compte tenu de la culpabilité morale du délinquant et de la gravité de l'infraction. Dans cette optique, la proportionnalité constitue un principe limitatif : *Nasogaluak*, par. 42.

[129] Mon collègue souligne que, suivant le principe de proportionnalité, plus le crime commis et ses conséquences sont graves, ou plus le degré de responsabilité du délinquant est élevé, plus la peine sera lourde (par. 12). Je nuancerais quelque peu ce propos. À mon sens, le degré de responsabilité du délinquant ne découle pas inévitablement et seulement de la gravité de l'infraction. En effet, la gravité de l'infraction et la culpabilité morale du délinquant sont deux facteurs distincts, et le principe de la proportionnalité commande un examen exhaustif de chacun de ces facteurs : *Proulx*, par. 83. Comme le précise l'art. 718.1 *C. cr.*, « [l]a peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. »

[130] Alors que la gravité de l'infraction concerne le tort que le délinquant a causé à la victime, ainsi qu'à la société et à ses valeurs, l'autre volet du principe de proportionnalité vise des facteurs touchant la culpabilité morale du délinquant :

[TRADUCTION] Le « degré de responsabilité du délinquant » dont il est question à l'art. 718.1 inclut certainement le niveau de *mens rea* requis pour formuler

actus reus of the crime committed. For this assessment, courts are able to draw extensively on criminal justice principles. The greater the harm intended or the greater the degree of recklessness or wilful blindness, the greater the moral culpability. However, the reference in s. 718.1 is not simply to the “mens rea degree of responsibility of the offender” at the time of commission of the crime. Parliament evidently intended “degree of responsibility of the offender” to include other factors affecting culpability. These might relate, for example, to the offender’s personal circumstances, mental capacity or motive for committing the crime. Where else does the *Code* provide for an offender’s degree of responsibility generally to be taken into account? Here, too, the answer takes us to s. 718.2.

Section 718.2 directs the sentencing judge to take into consideration a number of principles. All are either components of the proportionality principle or properly influence its interpretation and application. Either way, all are relevant in determining a just sanction that satisfies the proportionality principle. [Citation omitted.]

(*R. v. J.L.M.A.*, 2010 ABCA 363, 499 A.R. 1, at paras. 58-59; see also *Nasogaluak*, at para. 42; *M. (C.A.)*, at para. 40.)

[131] The application of the proportionality principle may therefore cause the two factors to conflict, particularly where the gravity of the offence points strongly to a sentence at one end of the range while the moral culpability of the offender points in the other direction: *R. v. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1 (C.A.), at para. 93, quoted in C. C. Ruby, G. J. Chan and N. R. Hasan, *Sentencing* (8th ed. 2012), at pp. 26-27. In short, although it is true that the gravity of the crime is a relevant factor, it must nevertheless be considered in conjunction with the offender’s degree of responsibility, a factor that is unrelated to the gravity of the offence.

[132] I would also qualify my colleague’s statement that the courts have “very few options other

l’intention ou pour faire preuve de l’insouciance ou de l’aveuglement volontaire associés à l’actus reus du crime commis. Pour procéder à cette évaluation, les tribunaux peuvent abondamment s’inspirer des principes de droit criminel. Plus le tort qu’a voulu causer le délinquant est sérieux ou plus le degré d’insouciance ou d’aveuglement volontaire est élevé, plus la culpabilité morale est importante. Cela dit, la référence qui figure à l’art. 718.1 ne renvoie pas uniquement à la « mens rea relative au degré de responsabilité du délinquant » au moment de la perpétration de l’infraction. Le législateur a manifestement eu l’intention que le « degré de responsabilité du délinquant » inclut d’autres facteurs ayant une incidence sur la culpabilité. Ceux-ci peuvent avoir trait, par exemple, aux circonstances personnelles du délinquant, à ses capacités mentales ou au mobile à l’origine de la perpétration du crime. Où d’autre le *Code* prévoit-il qu’il faut prendre en considération le degré de responsabilité du délinquant au sens large? Là encore, la réponse nous emmène à l’art. 718.2.

Aux termes de l’art. 718.2, le juge qui détermine la peine doit prendre en considération un grand nombre de principes qui, tous, soit sont des éléments du principe de proportionnalité soit influencent comme il se doit son interprétation et son application. Dans un cas comme dans l’autre, ils sont tous pertinents pour fixer la sanction juste qui satisfait au principe de proportionnalité. [Référence omise.]

(*R. c. J.L.M.A.*, 2010 ABCA 363, 499 A.R. 1, par. 58-59; voir aussi *Nasogaluak*, par. 42; *M. (C.A.)*, par. 40.)

[131] Ainsi, l’application du principe de proportionnalité peut créer une tension entre les deux facteurs, notamment lorsque la gravité de l’infraction milite fortement en faveur d’une peine à un extrême de la gamme, tandis que la culpabilité morale du délinquant en question pointe dans l’autre direction : *R. c. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1 (C.A.), par. 93, cité dans C. C. Ruby, G. J. Chan et N. R. Hasan, *Sentencing* (8^e éd. 2012), p. 26-27. En somme, s’il est vrai que la gravité du crime constitue un facteur pertinent, elle doit toutefois être considérée de façon concomitante avec le degré de responsabilité du délinquant, un facteur indépendant de la gravité de l’infraction.

[132] Je nuancerais également les propos de mon collègue selon lesquels les tribunaux disposent de

than imprisonment” (para. 6) for meeting the objectives of general or specific deterrence and denunciation in cases in which they must be emphasized. In my view, the courts should not automatically assume that imprisonment is always the preferred sanction for the purpose of meeting these objectives. To do so would be contrary to other sentencing principles. Rather, a court must consider “all available sanctions, other than imprisonment”, that are reasonable in the circumstances: s. 718.2(e) *Cr. C.*; *Gladue*, at para. 36.

[133] The common law principle that even where a term of imprisonment is necessary, it should be the lightest possible sanction in the circumstances is codified in s. 718.2(d) *Cr. C.*: *Ruby, Chan and Hasan*, at p. 510. This Court has noted Parliament’s desire to give increased prominence, for all offenders, to this principle of restraint in the use of prison as a sanction: *Proulx*, at para. 17. A court that emphasizes general deterrence must therefore always be mindful of both the principle of restraint and that of proportionality: *Ruby, Chan and Hasan*, at p. 15, citing *R. v. Hawkins*, 2011 NSCA 7, 298 N.S.R. (2d) 53, at paras. 42 and 47; see also *R. v. Wismayer* (1997), 33 O.R. (3d) 225 (C.A.); *R. v. Coffin*, 2006 QCCA 471, 210 C.C.C. (3d) 227; F. Dadour, *De la détermination de la peine: Principes et applications* (2007), at p. 8.

[134] Furthermore, [TRANSLATION] “the objective of general and even specific deterrence does not relate exclusively to the severity of a sentence considered in the abstract. Deterrence can work through conditions tailored to fit the offender or the circumstances of the offender, as the . . . Court noted in *Proulx*”: Dadour, at p. 8 (footnote omitted). This principle is even more important in the case of a young person with no criminal record: *Priest*. As Twaddle J.A. observed in *R. v. Leask* (1996), 113 Man. R. (2d) 265 (C.A.), at para. 3, “the transition from statutorily defined young person to adult should not be marked by an immediate abandonment of rehabilitation as the primary goal in cases

« très peu de moyens à part l’emprisonnement » (par. 6) pour satisfaire aux objectifs de dissuasion générale ou spécifique et de dénonciation lorsque ceux-ci doivent primer. Selon moi, les tribunaux ne doivent pas présumer d’emblée que l’emprisonnement constitue dans tous les cas la sanction à privilégier afin d’atteindre ces objectifs. Agir ainsi irait à l’encontre d’autres principes de détermination de la peine. Les tribunaux doivent plutôt examiner « toutes les sanctions substitutives » à l’emprisonnement qui sont raisonnables dans les circonstances : al. 718.2e) *C. cr.*; *Gladue*, par. 36.

[133] Le principe de common law voulant que, même s’il est nécessaire d’imposer une peine d’emprisonnement, la sanction doit être la moins sévère possible dans les circonstances est codifié à l’al. 718.2d) *C. cr.* : *Ruby, Chan et Hasan*, p. 510. Notre Cour a souligné la volonté du législateur d’accorder une plus grande importance à ce principe de modération dans le recours à l’emprisonnement comme sanction, et ce, pour tous les délinquants : *Proulx*, par. 17. Le tribunal qui insiste sur la dissuasion générale doit donc toujours garder à l’esprit ce principe de modération et celui relatif à la proportionnalité : *Ruby, Chan et Hasan*, p. 15, citant *R. c. Hawkins*, 2011 NSCA 7, 298 N.S.R. (2d) 53, par. 42 et 47; voir aussi *R. c. Wismayer* (1997), 33 O.R. (3d) 225 (C.A.); *R. c. Coffin*, 2006 QCCA 471, [2006] R.J.Q. 976; F. Dadour, *De la détermination de la peine : Principes et applications* (2007), p. 8.

[134] Par ailleurs, « l’objectif de dissuasion générale et même spécifique n’est pas exclusivement en lien avec la sévérité d’une peine considérée de manière abstraite. La dissuasion peut agir par le biais de modalités adaptées au contrevenant ou à sa situation, comme le note la Cour [. . .] dans l’arrêt *Proulx* » : Dadour, p. 8 (note en bas de page omise). Ce principe revêt une importance encore plus grande dans le cas d’une jeune personne n’ayant pas d’antécédents judiciaires : *Priest*. Comme le fait remarquer le juge Twaddle dans *R. c. Leask* (1996), 113 Man. R. (2d) 265 (C.A.), par. 3, [TRADUCTION] « la transition du statut d’adolescent défini par la loi à celui d’adulte ne devrait pas se traduire par un

where the prospect of successful rehabilitation is real”.

(2) Standard of Intervention Applicable to Sentencing Decisions

[135] My colleague states that this appeal affords the Court an opportunity to clarify the standard on the basis of which an appellate court may intervene in sentencing decisions (para. 10). In my opinion, there is no reason to believe that this is necessary. The applicable standard is well known, and when all is said and done, the appeal before us concerns only how it should be applied in the circumstances of this case.

[136] In *Nasogaluak*, this Court summarized the applicable law as follows: “. . . a sentence [can] only be interfered with if it [is] ‘demonstrably unfit’ or if it reflect[s] an error in principle, the failure to consider a relevant factor, or the over-emphasis of a relevant factor” (para. 46 (emphasis added), citing *M. (C.A.)*, at para. 90). In *Paré*, a case that was referred to in the decisions of the courts below, the Quebec Court of Appeal reiterated the principles established in those cases and wrote the following:

[TRANSLATION] . . . a court of appeal may intervene only in circumstances indicating an error in principle, an overemphasis of an appropriate factor, or a failure to consider a relevant factor, unless the sentence is quite simply demonstrably unfit or, in other words, clearly unreasonable. Thus, appellate courts retain the power to ensure that sentences are consistent with those imposed “for similar offences committed in similar circumstances”; indeed, this is set out in subsection 718.2(b) *Cr. C.* [Emphasis added; para. 38 (CanLII).]

[137] If a party shows that the trial judge made an error in principle, failed to consider a relevant factor or overemphasized appropriate factors, I do not think it can be said that the judge acted within the limits of his or her discretion in sentencing matters. In such cases, the relevant decisions of this Court do not require that the sentence also be

abandon immédiat de la réhabilitation comme premier objectif dans les causes où la perspective que celle-ci réussisse est réelle ».

(2) La norme d’intervention applicable aux décisions en matière de peine

[135] Mon collègue souligne que le présent pourvoi donne l’occasion à la Cour de clarifier la norme suivant laquelle une cour d’appel peut intervenir dans les décisions en matière de peine (par. 10). À mon avis, rien ne porte à croire que cela soit nécessaire. La norme applicable est connue, et le pourvoi dont nous sommes saisis ne concerne en définitive que son application dans les circonstances propres à ce dossier.

[136] Dans *Nasogaluak*, notre Cour résume le droit applicable comme suit : « . . . une peine ne peut être modifiée que si elle n’est “manifestement pas indiquée” ou si elle découle d’une erreur de principe, de l’omission de prendre en considération un facteur pertinent ou d’une insistance trop grande sur un facteur approprié » (par. 46 (je souligne), citant *M. (C.A.)*, par. 90). Dans *Paré*, auquel renvoient les décisions antérieures rendues en l’espèce, la Cour d’appel du Québec reprend les enseignements de ces arrêts et écrit ceci :

. . . une cour d’appel ne peut intervenir que dans des circonstances qui dénotent une erreur de principe, une insistance indue sur un facteur approprié ou encore une omission de considérer un facteur pertinent, à moins que la peine soit tout simplement manifestement non indiquée, autrement dit, nettement déraisonnable. C’est dans cet esprit que les cours d’appel conservent donc le pouvoir de s’assurer que la peine s’harmonise à celles infligées « pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables »; c’est d’ailleurs le paragr. 718.2 b) *C.cr.* qui le prévoit. [Je souligne; par. 38 (CanLII).]

[137] Si une partie démontre l’existence d’une erreur de principe, l’omission de considérer un facteur pertinent ou l’insistance trop grande sur les facteurs appropriés, je ne crois pas que l’on puisse affirmer que le juge du procès a agi dans les limites du pouvoir discrétionnaire dont il dispose pour déterminer une peine. Dans de tels cas, les arrêts pertinents de

shown to be demonstrably unfit before an appellate court can intervene. The effect of such a requirement would be to raise the recognized standard of intervention.

[138] In my opinion, the current approach is neither incongruous nor unfair. The highly deferential standard of appellate review must be adhered to as long as the trial judge did not err in principle, fail to consider a relevant factor or overemphasize appropriate factors: *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290, at para. 230. Even if none of these three situations exists, however, intervention may be necessary if the sentence is demonstrably unfit. This other ground for intervention has been described in several ways: a court of appeal can still vary a sentence if it is convinced that the sentence is “not fit” or “clearly unreasonable” (*R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, at para. 46), that it is “[u]nreasonabl[e]” or “fall[s] outside the ‘acceptable range’” (*Shropshire*, at para. 50), or that it is “demonstrably unfit” (*R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948, at para. 17; *M. (C.A.)*, at para. 90).

[139] Therefore, where a reviewable error is shown in the reasoning on which a sentence is based, it is appropriate for an appellate court to be able to intervene and assess the fitness of the sentence. This does not necessarily mean that the court will automatically vary the sentence. As the passage from *Paré* quoted above indicates, the court’s role in ensuring consistency in sentencing requires it before intervening to ascertain, among other things, that the sentence represents a “substantial and marked departure from the sentences customarily imposed for similar offenders committing similar crimes”: *M. (C.A.)*, at para. 92; see also *Stone*, at para. 230. An error merely opens the door to intervention and permits an appellate court to reopen the sentencing analysis. Only by correctly repeating the analytical exercise can the court determine whether the sanction imposed on the offender is just and appropriate or whether it should be varied. In other words, the court

notre Cour n’exigent pas d’établir également que la peine soit manifestement non indiquée pour qu’une cour d’appel puisse intervenir. Une telle exigence aurait pour effet de hausser la norme d’intervention reconnue.

[138] J’estime que l’approche actuelle n’est ni incongrue ni injuste. La norme de contrôle en appel fondée sur la grande déférence et la retenue est appliquée dans la mesure où le juge du procès n’a commis aucune erreur de principe, n’a pas omis de prendre en considération un facteur pertinent et n’a pas trop insisté sur les facteurs appropriés : *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290, par. 230. Même en l’absence d’une de ces trois situations, une intervention pourra néanmoins s’imposer si la peine est manifestement non indiquée. Cet autre motif d’intervention a été décrit de plusieurs façons : une cour d’appel peut encore modifier une peine si elle est convaincue que cette dernière n’est « pas indiquée » ou qu’elle est « nettement déraisonnable » (*R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, par. 46), qu’elle est « déraisonnable » ou qu’elle « tomb[e] en dehors des “limites acceptables” » (*Shropshire*, par. 50), ou qu’elle n’est « manifestement pas indiquée » (*R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948, par. 17; *M. (C.A.)*, par. 90).

[139] Ainsi, lorsqu’il est démontré que le raisonnement ayant mené à la détermination de la peine est entaché d’une erreur révisable, il est opportun qu’une cour d’appel puisse intervenir et évaluer la justesse de cette peine. Cela ne veut pas forcément dire que la cour d’appel modifiera d’emblée la peine en question. Comme l’indique l’extrait déjà cité de *Paré*, son rôle d’harmonisation en la matière lui impose avant d’intervenir de s’assurer, entre autres, que la peine infligée « s’écarte de façon marquée et substantielle des peines qui sont habituellement infligées à des délinquants similaires ayant commis des crimes similaires » : *M. (C.A.)*, par. 92; voir aussi *Stone*, par. 230. L’erreur donne simplement ouverture à l’intervention et permet à la cour d’appel de reprendre l’analyse menant à l’imposition de la peine. Ce n’est qu’en refaisant correctement l’exercice analytique que la cour d’appel peut déterminer si la sanction infligée est juste et appropriée, et

can then impose the sentence it considers appropriate without having to show deference: T. Desjardins, *L'appel en droit criminel et pénal* (2nd ed. 2012), at p. 217, citing, *inter alia*, *R. v. Gallon*, 2006 NBCA 31, 297 N.B.R. (2d) 317; *R. v. Biancofiore* (1997), 35 O.R. (3d) 782 (C.A.), at p. 789; and *R. v. Gagnon* (1998), 130 C.C.C. (3d) 194 (Que. C.A.), at p. 199.

[140] In this regard, it seems to me that this Court's decisions reflect a careful reading of s. 687 *Cr. C.* What emerges from the Court's remarks is that the fitness of a sentence is not assessed in the abstract. There is no such thing as a uniform sentence for a particular crime, and sentencing is an inherently individualized process: *M. (C.A.)*, at para. 92. A sentence must reflect a consideration of all the relevant factors, and it is in this sense that the "process" of sentencing is important. In the words of Dickson J. in *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368, "[i]f policy considerations are to enter the picture, as they often do, there would appear to me to be every reason why this Court should remain available to adjudicate upon difficult and important questions of law in the sentencing process": p. 404. The fitness of a sentence is determined on the basis of several relevant principles, objectives and factors, and a sanction may be unfit if there is a reviewable error in the thought process or reasoning on which it is based. However, it is only by assessing that process or reasoning that an appellate court can determine whether the identified errors make the sentence unfit.

[141] I note that my colleague seems to detect a certain absoluteness in my words that is quite simply not there (paras. 42-43). I am not saying that a sentence cannot be fit if there is a reviewable error in the reasoning process on which it is based. Rather, I am saying that a sanction may be unfit in such a case, which is very different. The first of these wordings would be absolute. The second depends on the appellate court's assessment of the sanction in question, which is in fact made in accordance with the principles set out in my reasons.

s'il y a lieu de la modifier. Autrement dit, elle peut alors imposer la peine qu'elle estime appropriée sans avoir à faire preuve de déférence : T. Desjardins, *L'appel en droit criminel et pénal* (2^e éd. 2012), p. 217, citant notamment *R. c. Gallon*, 2006 NBCA 31, 297 R.N.-B. (2^e) 317; *R. c. Biancofiore* (1997), 35 O.R. (3d) 782 (C.A.), p. 789; et *R. c. Gagnon*, [1998] R.J.Q. 2636 (C.A.), p. 2638.

[140] Sous le rapport, il m'appert que notre Cour fait une lecture attentive de l'art. 687 *C. cr.* dans ses décisions. Ce qui ressort de ses propos, c'est que la justesse de la peine ne s'évalue pas dans l'abstrait. Il n'existe pas de peine uniforme pour un crime donné, et sa détermination est un processus intrinsèquement individualisé : *M. (C.A.)*, par. 92. La peine imposée doit refléter la prise en considération de tous les facteurs pertinents, et c'est en ce sens-là que le « processus » menant à l'infliction de la peine importe. Pour reprendre les propos du juge Dickson dans *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, « [s]i des considérations de principe doivent entrer en ligne de compte, comme c'est souvent le cas, il me semble tout à fait de mise que cette Cour soit prête à trancher des questions de droit importantes et difficiles quant au processus de sentence » : p. 404. La justesse de la peine est déterminée eu égard à plusieurs principes, objectifs et facteurs pertinents, et la sanction peut ne pas être juste si le processus de réflexion ou le raisonnement sur lequel elle est fondée est entaché d'une erreur révisable. Cependant, ce n'est qu'en évaluant ce processus ou ce raisonnement qu'une cour d'appel pourra déterminer si les erreurs identifiées rendent la peine imposée non indiquée.

[141] Je souligne que mon collègue semble déceler dans mes propos une forme d'absolu qui ne s'y trouve pas (par. 42-43). Je n'écris pas qu'une peine ne peut pas être juste si le processus de raisonnement sur lequel elle est fondée est entaché d'une erreur révisable. J'énonce plutôt qu'une sanction peut ne pas être juste dans un tel cas, ce qui est fort différent. La première formulation serait absolue. La seconde dépend de l'évaluation que peut faire le tribunal d'appel de la sanction en question, en fonction justement de ce que je précise dans mes motifs.

[142] Therefore, although I agree that, as Hall J.A. stated in *R. v. Orr*, 2008 BCCA 76, 228 C.C.C. (3d) 432, at para. 7, an appellate court should not vary a sentence that is fit, I consider it imperative that that court retain its ability to rule on the trial court's analysis and to intervene where there is an error warranting its intervention.

[143] Finally, I agree with my colleague that it is accepted that the ranges established by appellate courts are in fact only guidelines, and not hard and fast rules (para. 60). A judge can therefore order a sentence outside the established range as long as it is in accordance with the principles and objectives of sentencing. Regard must be had not only to the circumstances of the offence and the needs of the community in which the offence occurred, but also to the circumstances of the offender: *Nasogaluak*, at para. 44. As a corollary, the mere fact that a sentence falls within the range applicable to a certain type of crime does not necessarily make it fit, since the judge may, in determining the sentence, have failed to take account of the particular circumstances of the offender. It is by analyzing the trial judge's reasoning or thought process that an appellate court can determine whether a sentence that falls within the proper range is tailored to fit the circumstances of the offender and is therefore individualized and proportionate.

(3) Intervention of the Court of Appeal

[144] In light of the above, I find that the Court of Appeal properly justified its intervention in this case. Although the comments it made in para. 15 (CanLII) of its reasons might at first glance suggest that it took an inflexible view of the sentencing ranges, I believe that the substance of the court's reasoning can instead be found at paras. 16-17: 2014 QCCA 1061. I do not agree with my colleague that the Court of Appeal intervened solely because the trial judge had deviated from the proper sentencing range (para. 11) or because the sentence fell outside the accepted sentencing range (para. 16), or

[142] Aussi, bien que je sois d'accord qu'une cour d'appel ne devrait pas modifier la peine infligée quand celle-ci est juste, comme l'énonce le juge Hall dans *R. c. Orr*, 2008 BCCA 76, 228 C.C.C. (3d) 432, par. 7, il m'apparaît impératif qu'elle conserve sa capacité de statuer sur l'analyse du tribunal d'instance et d'intervenir en présence d'une erreur qui le permet.

[143] Enfin, comme mon collègue, j'estime acquis que les fourchettes qu'établissent les cours d'appel ne sont effectivement que des lignes directrices et non des règles absolues (par. 60). Un juge peut donc prononcer une sanction qui déroge à la fourchette établie, pour autant qu'elle respecte les principes et objectifs de détermination de la peine. La sanction doit tenir compte non seulement des circonstances liées à la perpétration de l'infraction et des besoins de la collectivité au sein de laquelle l'infraction a été commise, mais aussi de la situation du délinquant : *Nasogaluak*, par. 44. De façon corollaire, le simple fait que la peine imposée se situe à l'intérieur de la fourchette applicable pour un certain type de crime ne veut pas nécessairement dire qu'elle est juste, dans la mesure où, en la fixant, le juge a pu omettre de tenir compte des circonstances particulières du délinquant. C'est en analysant le raisonnement ou le processus de réflexion suivi par le juge d'instance qu'une cour d'appel peut déterminer si une peine qui tombe à l'intérieur de la fourchette appropriée est adaptée à la situation du délinquant et, en conséquence, est individualisée et proportionnelle.

(3) L'intervention de la Cour d'appel

[144] Compte tenu de ce qui précède, j'estime que la Cour d'appel a correctement justifié son intervention en l'espèce. Même si, à première vue, les observations qui figurent au par. 15 (CanLII) de ses motifs pourraient témoigner d'une vision rigide des fourchettes, je suis d'avis que l'essence du raisonnement de la cour se retrouve plutôt aux par. 16-17 : 2014 QCCA 1061. Contrairement à ce qu'affirme mon collègue, je ne crois pas que la Cour d'appel intervient du seul fait que le premier juge s'écarte de la fourchette de peines appropriées (par. 11) ou en raison d'un dépassement de la fourchette de peines

that it essentially focused its analysis on the application of the sentencing range (para. 30) or applied that range mechanically (para. 69). Rather, its reasons, read as a whole, show that its analysis went much further than that. I think it will be helpful to reproduce the entirety of paras. 15-17, which I find to be enlightening in this regard:

[TRANSLATION] By imposing a sentence of 77 months' imprisonment (six years and six months minus one month because of the time spent by the applicant in pre-trial custody), the trial judge unquestionably placed the sentence at the lower end of the third category of sentences, the most severe ones. The respondent argued at the hearing that the sentence was actually in the second category, increased slightly because of the serious consequences of the offence, which had claimed two victims. But that argument must be rejected, because "personal factors of the accused" that are unfavourable to the accused are normally what justify a move from the second to the third category. This can be seen from the breakdown of sentences in recent cases.

However, such factors are almost non-existent in this case, as is clear from the report prepared by a probation officer for sentencing purposes and from the testimony given by the psychologist and the social worker who attended the applicant following the accident. The applicant has strong support from his family. There is virtually no possibility of him reoffending. It is likely that, once he has served his sentence, he will be able to find a job in an autobody repair business owned by his mother. There is no doubt that he is aware of the extreme seriousness of the consequences of his wrongdoing: he was and still is tortured by remorse, so much so that the professionals around him became concerned about possible suicidal tendencies and took preventive action accordingly.

In light of the foregoing, the sentence imposed on October 4, 2013 is excessive because it departs from the principle of proportionality. In individualizing the sentence in this case, the judge should have given greater consideration to the applicant's potential for rehabilitation, which is substantial, and reduced the emphasis he placed on exemplarity. A sentence that is severe without being draconian will be more than sufficient for the purposes of this last factor in the case of individuals who, like the applicant, have no record (despite a few *Highway Safety Code* offences in his case), are law-abiding

retenue (par. 16), ni qu'elle fait porter son examen essentiellement sur l'application de la fourchette de peines (par. 30) ou qu'elle applique mécaniquement cette fourchette (par. 69). Les motifs de la Cour d'appel, lus dans leur ensemble, font plutôt état d'une analyse qui va au-delà de cette seule description. Je crois utile de reproduire au long ces par. 15-17, que je considère révélateurs en ce sens :

En imposant une peine de 77 mois d'emprisonnement (soit six ans et six mois moins un mois, en raison de la détention provisoire du requérant), le juge de première instance a incontestablement situé la peine dans la gamme inférieure des peines de la troisième catégorie, les plus sévères. L'intimée a soutenu à l'audience qu'il s'agissait en réalité d'une peine s'inscrivant dans la deuxième catégorie, légèrement rehaussée en raison de la gravité des conséquences de l'infraction qui a fait deux victimes. Mais cet argument doit être écarté car ce sont « les facteurs personnels à l'accusé », et qui lui sont défavorables, qui normalement justifient le passage de la deuxième à la troisième catégorie. La façon dont les peines se répartissent dans la jurisprudence récente le démontre.

Or, ces facteurs sont pratiquement inexistantes en l'espèce, comme en font éloquentement foi le rapport préparé par une agente de probation en prévision du prononcé de la peine et les témoignages de la psychologue et de la travailleuse sociale qui ont suivi le requérant après l'événement. Le requérant est étroitement soutenu par son milieu familial. L'hypothèse d'une récidive est pour ainsi dire inexistante. Il est vraisemblable que, lorsqu'il aura purgé sa peine, le requérant pourra retrouver un emploi dans une entreprise de carrosserie qui appartient à sa mère. Sa prise de conscience de l'extrême gravité des conséquences de sa faute ne fait aucun doute : il a été, et il demeure, torturé par le remords, au point que les intervenants autour de lui se sont inquiétés de possibles tendances suicidaires et ont pris des mesures préventives en conséquence.

Étant donné ce qui précède, la peine prononcée le 4 octobre 2013 est excessive car elle déroge au principe de proportionnalité. En l'espèce, dans l'individualisation de la peine, il incombait au juge de mieux tenir compte du potentiel de réhabilitation du requérant, qui est substantiel, et de donner une priorité moindre à l'exemplarité. Une peine sévère, sans être draconienne, servira amplement ce dernier facteur vis-à-vis des individus qui, comme le requérant, sont sans antécédents (malgré, dans son cas, quelques infractions au *Code de la sécurité routière*), vivent dans le respect des lois et sont à même de

and are capable of understanding the magnitude, for all those close to the victims, of a tragedy like the one that occurred on June 17, 2011. [Emphasis added; footnote omitted.]

[145] By justifying its intervention as it did, the Court of Appeal complied with the principles laid down by this Court for such cases. As it noted, and as I will explain in the next section, the sanction imposed in this case was not consistent with the principles and objectives of sentencing. The trial judge considered some aggravating factors that were not really aggravating factors, rejected or failed to consider some relevant and important mitigating factors, and placed undue emphasis on the objective of deterrence. The sentence that resulted from his analysis was thus neither proportionate nor individualized; it also represented a substantial and marked departure from the sentences customarily imposed on similar offenders who have committed similar crimes in similar circumstances.

(4) Trial Judge's Errors

(a) *Aggravating Factors That Were Not Really Aggravating Factors*

[146] In his analysis, the trial judge began by identifying some aggravating factors that were not really aggravating factors: 2013 QCCQ 11960, at para. 32 (CanLII). In principle, s. 718.2 *Cr. C.* lists a number of what are considered to be aggravating factors. An element of the offence cannot in itself constitute such a factor. A judge who characterizes an element of the offence as an aggravating factor thus makes an error of law that opens the door to appellate intervention: *R. v. Flight*, 2014 ABCA 380, 584 A.R. 392, at para. 4; *R. v. Stimson*, 2011 ABCA 59, 499 A.R. 185, at para. 20; *R. v. Dass*, 2008 CanLII 13191 (Ont. S.C.J.), at pp. 59-60; *R. v. Dankyi* (1993), 86 C.C.C. (3d) 368 (Que. C.A.), at p. 372.

[147] In the instant case, the accused being intoxicated was in itself already an element of the offence. Incidentally, the record does not indicate what his blood alcohol level was. Similarly, the consumption of alcohol or drugs before driving was

comprendre l'ampleur pour tous les proches des victimes d'une tragédie comme celle survenue le 17 juin 2011. [Je souligne; note en bas de page omise.]

[145] En justifiant son intervention comme elle l'a fait, la Cour d'appel s'est conformée aux enseignements de notre Cour en la matière. Tel qu'elle l'a constaté, et comme je l'explique dans la section qui suit, la sanction imposée dans le cas présent ne respectait pas les principes et les objectifs de la détermination de la peine. Le premier juge a pris en compte des facteurs aggravants qui n'en sont pas, a écarté ou omis de prendre en considération des facteurs atténuants pertinents et importants, et a insisté indûment sur l'objectif de la dissuasion. Dès lors, la peine qui a résulté de son analyse n'était ni proportionnelle, ni individualisée; elle s'écartait par ailleurs de façon marquée et substantielle des peines habituellement infligées à des délinquants ayant commis des crimes similaires dans des circonstances similaires.

(4) Les erreurs du premier juge

a) *Facteurs aggravants qui n'en sont pas*

[146] Dans son analyse, le juge a d'abord retenu des facteurs aggravants qui n'en sont pas : 2013 QCCQ 11960, par. 32 (CanLII). En principe, l'art. 718.2 *C. cr.* dresse une liste de facteurs jugés aggravants. Or, un élément constitutif de l'infraction ne peut en soi constituer un tel facteur; en caractérisant un élément constitutif comme tel, un juge commet donc une erreur de droit ouvrant la porte à l'intervention de la cour d'appel : *R. c. Flight*, 2014 ABCA 380, 584 A.R. 392, par. 4; *R. c. Stimson*, 2011 ABCA 59, 499 A.R. 185, par. 20; *R. c. Dass*, 2008 CanLII 13191 (C.S.J. Ont.), p. 59-60; *R. c. Dankyi*, [1993] R.J.Q. 2767 (C.A.), p. 2769-2770.

[147] En l'espèce, l'état d'ébriété de l'accusé, sans plus, constitue déjà un élément constitutif de l'infraction. Le dossier ne fait par ailleurs pas état de son taux d'alcoolémie. Pareillement, le fait de consommer avant de prendre le volant fait déjà partie de

already part of the offence, so the fact that the accused drank alcohol cannot be an aggravating factor in the absence of some more blameworthy conduct. Moreover, the parties agreed that it was the alcohol alone that had impaired the ability of the accused to drive; his consumption of cannabis had not contributed to the accident, and this is confirmed by the record. The accused had consumed cannabis (taking three puffs on a joint) at about 7:00 p.m., and the accident occurred shortly before 4:00 a.m. the next day: trial, at para. 2; R.F., at para. 7. Finally, the impact on those close to the accused cannot be considered an aggravating factor that would justify a harsher sentence for the accused: s. 718.2 *Cr. C.*

(b) *Discounted Mitigating Factors*

[148] Next, the trial judge discounted some relevant factors that are normally characterized as mitigating factors and that must be considered in determining the appropriate sentence — namely the youth of the accused and the facts that he had expressed remorse, that he had no criminal record and that the presentence report was favourable to him. The Court of Appeal discussed the last three of these factors at paras. 16-17 of its reasons. By contrast, although the trial judge listed them at para. 33, he actually ended up discounting all of them except the presentence report, which he simply failed to discuss. He even discounted the youth of the accused to favour exemplarity and deterrence (para. 39), despite the principle that “the general rule for most offences is that a sentence should not be imposed on a youthful offender for the purpose of general deterrence, but should rather be directed at rehabilitation”: *Ruby, Chan and Hasan*, at p. 263.

(c) *Failure to Discuss an Important Mitigating Factor*

[149] Furthermore, the trial judge initially referred to the favourable presentence report and the positive conclusions reached in it: paras. 18-19. After that, he mentioned that the report was one of the relevant mitigating factors: para. 33. But he did not discuss this important factor further in his analysis.

l’infraction, de sorte que, en l’absence d’une quelconque conduite plus répréhensible, le contexte de la consommation d’alcool ne saurait constituer un facteur aggravant. Les parties ont par ailleurs convenu que c’est uniquement l’alcool qui a causé l’affaiblissement de la capacité de conduire de l’accusé; sa consommation de cannabis n’a pas contribué à l’accident, ce que confirme le dossier. L’accusé avait consommé du cannabis (trois bouffées d’un joint) vers 19 h, et l’accident a eu lieu un peu avant 4 h le lendemain matin : 1^{re} inst., par. 2; m.i, par. 7. Enfin, les impacts pour les proches de l’accusé ne sauraient représenter un facteur aggravant justifiant que ce dernier soit condamné à une peine plus sévère : art. 718.2 *C. cr.*

b) *Facteurs atténuants écartés*

[148] Le juge d’instance a ensuite écarté des facteurs pertinents, normalement qualifiés de facteurs atténuants, devant être pris en compte dans la détermination de la peine appropriée, à savoir, le jeune âge de l’accusé, les remords exprimés, l’absence d’antécédents judiciaires et le rapport présentenciel favorable. La Cour d’appel discute des trois derniers de ces facteurs aux par. 16-17 de ses motifs. À l’opposé, bien qu’il les énumère au par. 33, le premier juge finit en fait par tous les écarter, mis à part le rapport présentenciel, dont il omet simplement de traiter. Il minimise même l’importance du jeune âge de l’accusé pour favoriser l’exemplarité et la dissuasion (par. 39), et ce, même si [TRADUCTION] « selon la règle générale applicable à la plupart des infractions, une peine ne devrait pas être infligée à un jeune délinquant pour des motifs de dissuasion générale, mais plutôt dans un objectif de réhabilitation » : *Ruby, Chan et Hasan*, p. 263.

c) *Omission de traiter d’un facteur atténuant important*

[149] Par ailleurs, dans son jugement, le juge mentionne au départ le rapport présentenciel favorable et les conclusions positives qui s’y trouvent : par. 18-19. Il indique ensuite que ce rapport compte parmi les facteurs atténuants pertinents : par. 33. Cet élément important est toutefois absent de la suite de

As the Court of Appeal noted, he in fact disregarded the report and the following findings:

[TRANSLATION] The applicant has strong support from his family. There is virtually no possibility of him reoffending. It is likely that, once he has served his sentence, he will be able to find a job in an autobody repair business owned by his mother. There is no doubt that he is aware of the extreme seriousness of the consequences of his wrongdoing: he was and still is tortured by remorse, so much so that the professionals around him became concerned about possible suicidal tendencies and took preventive action accordingly. [para. 16]

[150] That report and those positive findings represented a mitigating factor that was relevant to and important for the determination of the appropriate sentence. Yet the trial judge referred only very briefly to the rehabilitation of the accused in para. 92, in which he merely said: [TRANSLATION] “The objective of separation implies that the sentence should not be so long as to hamper the rehabilitation of the accused.” I must agree with the Court of Appeal that this does not show that he really considered this important factor. Instead, a review of his reasons as a whole leads to the opposite conclusion, that is, that he conducted no analysis in respect of the objective of rehabilitation and its impact on the circumstances of the case. Unlike my colleague, I find that the trial judge’s reasons do not support a conclusion that he considered the respondent’s prospects for rehabilitation (para. 82). As the Court of Appeal found, the trial judge’s failure to consider this factor constituted a failure to take the offender’s potential for rehabilitation, which is significant, into account in the individualization of the sentence.

(d) *Disproportionate Emphasis on Exemplarity*

[151] Finally, as the Court of Appeal noted, the trial judge’s failure to consider certain mitigating factors that favoured the potential for rehabilitation of the accused and the emphasis he placed on exemplarity led him to impose an excessive sentence that departed from the principle of proportionality.

son analyse. Tel que le souligne la Cour d’appel, le juge fait effectivement abstraction du rapport et des constatations suivantes :

Le requérant est étroitement soutenu par son milieu familial. L’hypothèse d’une récidive est pour ainsi dire inexistant. Il est vraisemblable que, lorsqu’il aura purgé sa peine, le requérant pourra retrouver un emploi dans une entreprise de carrosserie qui appartient à sa mère. Sa prise de conscience de l’extrême gravité des conséquences de sa faute ne fait aucun doute : il a été, et il demeure, torturé par les remords, au point que les intervenants autour de lui se sont inquiétés de possibles tendances suicidaires et ont pris des mesures préventives en conséquence. [par. 16]

[150] Ce rapport et ces constatations favorables représentaient un facteur atténuant pertinent et important dans la détermination de la peine appropriée. Or, le juge ne mentionne que fort brièvement la réhabilitation de l’accusé au par. 92, où son propos se limite à ceci : « L’objectif d’isolement implique que la peine ne soit pas longue au point de nuire à la réhabilitation de l’accusé. » Je ne peux en conclure, à l’instar de la Cour d’appel, que cela démontre qu’il a réellement tenu compte de cet élément important. Une lecture de l’ensemble des motifs du juge de première instance mène plutôt à la conclusion contraire, soit à l’absence d’une analyse de l’objectif de réinsertion sociale et de son impact sur les circonstances propres de l’affaire. Contrairement à mon collègue, j’estime en effet que les motifs du premier juge ne permettent pas d’affirmer qu’il a considéré la perspective de réinsertion sociale de l’intimé (par. 82). Comme le conclut la Cour d’appel, en faisant abstraction de ce facteur, le juge omet de prendre en compte dans l’individualisation de la peine le potentiel de réhabilitation du délinquant — lequel est substantiel.

d) *Insistance disproportionnée sur l’exemplarité*

[151] Enfin, tel que la Cour d’appel l’a constaté, en occultant des facteurs atténuants favorables au potentiel de réhabilitation de l’accusé et en priorisant avant tout l’exemplarité, le juge a imposé une peine excessive qui déroge au principe de proportionnalité. Si la Cour d’appel lui reproche d’avoir

Although the Court of Appeal found that the trial judge had gone too far in emphasizing exemplarity, it is true that it did not deal specifically with the local situation factor. I agree with my colleague that it would have been preferable for the court to do so (para. 87). In the instant case, the local situation factor clearly magnified the exemplary focus of the sentence with which the Court of Appeal took issue. I will just make three comments about what my colleague says in this regard.

[152] First, the views expressed by the authors and the courts do not seem to me to be so uniform on the question whether judges can rely on their own perceptions of the frequency of particular crimes in their regions in order to justify imposing harsher sentences. For instance, I note the following remarks by Ruby, Chan and Hasan, at p. 124:

Since the sentencing hearing is merely part of a criminal trial, there is no reason for thinking that the doctrine of judicial notice would not apply in the ordinary way. But the distinction between facts that are sufficiently certain to notice judicially and those that are not is one that must be borne in mind, as excessive reliance on matters not proved in evidence can be destructive of the fairness of the sentencing process. The incidence of crime in a jurisdiction is not a matter that can be the subject matter of judicial notice. [Emphasis added; footnotes omitted.]

[153] When considered in the sentencing context, the frequency of a crime in a given region does not help paint a portrait of the accused, but instead reflects external factors:

The contradiction inherent in such sentences is that the exemplary sentence is imposed on a particular offender who becomes the scapegoat for others who have committed similar crimes, but who have not been caught or who have not been singled out for the calling of the requisite evidence. This is utterly impermissible. This action requires reliance upon a deterrence theory, which has little, if any, statistical base upon which to stand, and is not self-proving. It is, nevertheless, a popular theory.

priorisé de façon exagérée l'exemplarité, il est vrai qu'elle ne traite pas nommément du facteur local. Je conviens avec mon collègue qu'il aurait été préférable qu'elle le fasse (par. 87). En l'espèce, le facteur local a clairement influencé à la hausse l'exemplarité de la peine dénoncée par la Cour d'appel. À ce sujet, je me limiterai à trois observations sur les propos de mon collègue.

[152] Premièrement, la doctrine et la jurisprudence me semblent plus nuancées sur la question de savoir si un juge peut invoquer, afin de justifier l'imposition d'une peine plus sévère, sa propre perception de la fréquence d'un crime donné dans sa région. Je souligne notamment les commentaires suivants de Ruby, Chan et Hasan, p. 124 :

[TRADUCTION] Puisque la détermination de la peine ne constitue qu'une étape du procès criminel, rien ne justifie de penser que la doctrine de la connaissance d'office ne s'y appliquerait pas normalement. Cependant, la distinction entre les faits suffisamment certains pour être connus d'office par un tribunal et ceux qui ne le sont pas doit être prise en considération, puisqu'une dépendance excessive sur des éléments qui n'ont pas été mis en preuve peut miner l'équité du processus de détermination de la peine. La fréquence d'un crime sur un territoire donné ne peut pas être connue d'office par le tribunal. [Je souligne; notes en bas de page omises.]

[153] Lorsqu'elle est considérée dans le contexte de la détermination de la peine, la fréquence d'un crime dans une région donnée ne contribue pas à dresser un portrait de l'accusé; elle est plutôt le reflet de facteurs externes :

[TRADUCTION] La contradiction inhérente à de telles peines découle du fait que la peine exemplaire est infligée à un contrevenant en particulier qui devient le bouc émissaire pour les autres qui ont commis des crimes semblables, mais qui n'ont pas été arrêtés ou contre qui on n'a pas invoqué la preuve requise. Cela est carrément inacceptable. Agir ainsi exige du tribunal qu'il fonde sa décision sur la théorie de la dissuasion qui a peu de fondement statistique pour tenir la route, voire aucun, et dont le bien-fondé ne va pas de soi. Il s'agit néanmoins d'une théorie populaire.

The use of evidence of increased prevalence of a particular crime in the community as a factor aggravating the appropriate sentence for a particular offender must rest on the theory that higher penalties will deter offenders from committing that particular kind of offence. The truth of this theory is not self-evident, and deterrence theories in general have suffered from criticism, though deterrence remains a principle of sentencing. [Emphasis added; footnotes omitted.]

(Ruby, Chan and Hasan, at p. 256)

[154] It is true that in *M. (C.A.)*, Lamer C.J. stated that the needs of and current conditions in the community are a factor to be considered in sentencing. A sentencing judge normally has a strong sense of the blend of sentencing goals that will be “just and appropriate” for the protection of the community where he or she presides: *M. (C.A.)*, at para. 91. However, although these remarks do support the view that the frequency of a crime in the community can be considered in the sentencing process, it should be borne in mind that Lamer C.J. also stated that, the community’s needs notwithstanding, it is always necessary to carefully balance the societal goals of sentencing against the moral blameworthiness of the offender and the circumstances of the offence: *M. (C.A.)*, at para. 91. Thus, whatever weight a judge may wish to accord to the needs of the community and the objective of deterrence, the resulting sentence must always be consistent with the fundamental principle of proportionality. The degree of censure required to express society’s condemnation of the offence is limited by the principle that an offender’s sentence must be equivalent to his or her moral culpability: *Nasogaluak*, at paras. 40-42. In the case at bar, the Court of Appeal properly emphasized factors relating to the accused himself that the trial judge had disregarded.

[155] Second, the views expressed by the authors and the courts also do not seem to me to be so uniform on the question whether it is appropriate for a

L’utilisation d’éléments de preuve démontrant la prévalence accrue d’un crime en particulier dans une communauté comme facteur aggravant en vue de la détermination de la peine d’un contrevenant donné doit être fondée sur la théorie selon laquelle les peines plus sévères ont un effet dissuasif sur les délinquants qui commettraient moins le type d’infraction dont il est question. La validité de cette théorie ne va pas de soi et les théories relatives à l’effet dissuasif en général ont fait l’objet de critiques, même si la dissuasion reste un des principes de la détermination de la peine. [Je souligne; notes en bas de page omises.]

(Ruby, Chan et Hasan, p. 256)

[154] Il est vrai que dans *M. (C.A.)*, le juge en chef Lamer a affirmé que les besoins de la communauté et les conditions qui y règnent constituent un facteur pertinent dans la détermination de la peine. Le juge qui impose la peine est normalement à même de bien évaluer la combinaison d’objectifs visés lors de la détermination de la peine qui sera « juste et appropriée » pour assurer la protection de la communauté où il exerce sa charge : *M. (C.A.)*, par. 91. Cependant, même si ces propos appuient la prise en compte de la fréquence d’un crime dans la communauté lors de la détermination de la peine, il ne faut pas oublier que le juge en chef Lamer précise également que, en dépit des besoins de la communauté, il faut toujours doser soigneusement les divers objectifs sociétaux de la détermination de la peine eu égard à la culpabilité morale du délinquant et aux circonstances de l’infraction : *M. (C.A.)*, par. 91. Ainsi, indépendamment du poids que le juge souhaite accorder aux besoins de la communauté et à l’objectif de dissuasion, la peine doit toujours respecter le principe fondamental de proportionnalité. Le degré de censure requis pour exprimer la réprobation de la société à l’égard de l’infraction demeure contrôlé par le principe selon lequel la peine infligée à un délinquant doit correspondre à sa culpabilité morale : *Nasogaluak*, par. 40-42. En l’espèce, la Cour d’appel insiste justement sur les facteurs relatifs à l’accusé lui-même dont le premier juge fait par ailleurs abstraction.

[155] Deuxièmement, la doctrine et la jurisprudence me semblent aussi plus nuancées sur l’opportunité pour un juge de prendre connaissance d’office

judge to take judicial notice of the frequency of a crime in his or her community during sentencing.

[156] This Court considered the application of the doctrine of judicial notice in *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458. Ultimately, the permissible scope of judicial notice should vary according to the nature of the issue under consideration: *Spence*, at para. 60. Thus, the closer a fact approaches the dispositive issue, the more stringent is the test for its admissibility: *Spence*, at paras. 60-61; P. Béliveau and M. Vauclair, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (22nd ed. 2015), at para. 2366. When a fact falls between an adjudicative fact (one that is at the centre of the controversy between the parties) and a background fact (one that is only at the periphery of the controversy, and that the court will assume to be uncontroversial), the court must ask itself

whether such “fact” would be accepted by reasonable people who have taken the trouble to inform themselves on the topic as not being the subject of reasonable dispute for the particular purpose for which it is to be used, keeping in mind that the need for reliability and trustworthiness increases directly with the centrality of the “fact” to the disposition of the controversy. [Emphasis in original.]

(*Spence*, at para. 65)

This is why a court may take judicial notice of a “fact” in one case but decline to do so in another case in which the issue is dispositive: *Spence*, at para. 65.

[157] My colleague refers to some cases in support of the proposition that judges can take judicial notice of the conditions that exist in a region. In only one of those cases did the sentencing judge take judicial notice of the local situation: *R. v. Valiquette*, 2004 CanLII 20126 (Que. C.A.), at paras. 48-50. In the other cases, the courts of appeal did note that a trial judge could consider the local situation when imposing a sentence, but there was no indication that they agreed that judicial notice could be taken of such evidence.

de la fréquence d’un crime dans sa communauté lorsqu’il est appelé à déterminer une peine.

[156] Notre Cour a examiné l’application de la doctrine de la connaissance d’office dans *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458. En définitive, les limites acceptables de cette connaissance varient selon la nature de la question considérée : *Spence*, par. 60. Ainsi, plus un fait a une incidence directe sur l’issue du procès, plus le test pour son admissibilité est exigeant : *Spence*, par. 60-61; P. Béliveau et M. Vauclair, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (22^e éd. 2015), par. 2366. Lorsqu’il s’agit d’un fait se situant entre un fait en litige (touchant au cœur du litige) et un fait général (ne touchant qu’indirectement au litige et à l’égard duquel le tribunal présume qu’il ne fait pas l’objet de controverse), le tribunal devra se demander

si une personne raisonnable ayant pris la peine de s’informer sur le sujet considérerait que ce « fait » échappe à toute contestation raisonnable quant à *la fin à laquelle il sera invoqué*, sans oublier que les exigences en matière de crédibilité et de fiabilité s’accroissent directement en fonction de la pertinence du « fait » pour le règlement de la question en litige. [En italique dans l’original.]

(*Spence*, par. 65)

C’est pourquoi un tribunal peut admettre d’office un « fait » dans une affaire, mais refuser de le faire dans une autre où la question s’avère décisive : *Spence*, par. 65.

[157] Mon collègue cite quelques arrêts pour appuyer la proposition selon laquelle les juges peuvent prendre connaissance d’office des conditions prévalant dans une région. Un seul d’entre eux fait état d’une situation où le juge imposant la peine a pris connaissance d’office de la situation locale : *R. c. Valiquette*, 2004 CanLII 20126 (C.A. Qc), par. 48-50. Dans les autres arrêts, même si les cours d’appel remarquent qu’un juge d’instance peut prendre en considération la situation locale quand il inflige une peine, il n’y a pas d’indication que les cours ont convenu que le juge pouvait prendre connaissance d’office d’une telle preuve.

[158] In the case at bar, the trial judge referred to the situation in his district, but he also suggested that impaired driving is trivialized there more than elsewhere (para. 72). However, the judicial notice that judges can take of their communities is not without limits. In my view, caution must be exercised in establishing its scope. According to my colleague, judicial notice in this regard is not limited to the magnitude of the problem observed by the judge in his region, but can also be extended to a comparison of the local situation with situations in other places as well as to information gathered from the hearing rolls of courts (paras. 95 and 98). This seems to me to go much farther than judicial notice of the fact that a city has a francophone majority or of recent unlawful conduct in a particular community, to which reference was made in the cases cited by my colleague in support of his remarks (para. 95; *R. v. Z.Z.*, 2013 QCCA 1498, at para. 68 (CanLII); *R. v. Hernandez*, 2009 BCCA 546, 277 B.C.A.C. 120, at para. 29). Being familiar with the local situation in one's region is one thing, but claiming to compare that situation with what happens elsewhere in order to draw conclusions or inferences from it is something else.

[159] Third, and finally, I agree that the sentencing process differs considerably from a trial in that it is more informal. As Dickson J. noted in *Gardiner*, “the strict rules which govern at trial do not apply at a sentencing hearing and it would be undesirable to have the formalities and technicalities characteristic of the normal adversary proceeding prevail”: p. 414; see also *R. v. Lévesque*, 2000 SCC 47, [2000] 2 S.C.R. 487, at para. 30. A court has wide latitude as to the sources and types of evidence upon which to base the sentence to be imposed. It can rely on counsel's submissions and arguments, and mere assertions by counsel may sometimes suffice to found factual decisions by the court: *R. v. Witvoet*, 2015 ABCA 152, 600 A.R. 200; see also *R. v. Bartlett*, 2005 NLCA 75, 252 Nfld. & P.E.I.R. 154; *R. v. Joseph*, 2012 BCCA 359, 326 B.C.A.C. 312, at para. 32.

[158] En l'espèce, le premier juge évoque la situation qui prévaut dans son district, mais il suggère aussi que la conduite avec capacités affaiblies y serait plus banalisée qu'ailleurs (par. 72). Or, la connaissance d'office de son milieu par un juge n'est pas sans limites. À mon avis, il faut être prudent en établissant ses délimitations. Dans ses motifs, mon collègue étend cette connaissance non seulement à l'ampleur du problème que constate le juge dans sa région, mais aussi à la comparaison de cette situation avec celle qui prévaut ailleurs, de même qu'à ce que la consultation des rôles des tribunaux peut révéler (par. 95 et 98). Cela me semble aller beaucoup plus loin que la connaissance d'office du caractère majoritairement francophone d'une ville, ou celle des conduites illégales récentes dans une communauté donnée, auxquelles renvoient les affaires citées par mon collègue à l'appui de son propos (par. 95; *R. c. Z.Z.*, 2013 QCCA 1498, par. 68 (CanLII); *R. c. Hernandez*, 2009 BCCA 546, 277 B.C.A.C. 120, par. 29). Connaître, par exemple, la situation locale de sa région est une chose. Prétendre la comparer à ce qui se passe ailleurs pour en tirer des conclusions ou des inférences en est une autre.

[159] Enfin, troisièmement, je conviens que le processus de détermination de la peine diffère considérablement du procès, en ce qu'il est plus informel. Comme le remarque le juge Dickson dans *Gardiner*, « les règles strictes qui régissent le procès ne s'appliquent pas à l'audience relative à la sentence et il n'est pas souhaitable d'imposer la rigueur et le formalisme qui caractérisent normalement notre système de procédures contradictoires » : p. 414; voir aussi *R. c. Lévesque*, 2000 CSC 47, [2000] 2 R.C.S. 487, par. 30. Le tribunal jouit d'une grande latitude pour choisir les sources et le genre de preuves sur lesquelles il fondera la peine infligée. Il peut se fier aux observations et aux arguments des avocats, et les simples affirmations de ces derniers peuvent parfois suffire pour fonder les décisions factuelles du tribunal : *R. c. Witvoet*, 2015 ABCA 152, 600 A.R. 200; voir aussi *R. c. Bartlett*, 2005 NLCA 75, 252 Nfld. & P.E.I.R. 154; *R. c. Joseph*, 2012 BCCA 359, 326 B.C.A.C. 312, par. 32.

[160] Still, despite the latitude judges have in sentencing hearings, they must never lose sight of the importance of procedural fairness. Professor Davis explains this as follows:

The basic principle is that extra-record facts should be assumed whenever it is convenient to assume them, except that convenience should always yield to the requirement of procedural fairness that parties should have opportunity to meet in the appropriate fashion all facts that influence the disposition of the case. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

(K. C. Davis, *Administrative Law Text* (3rd ed. 1972), at p. 314, quoted in R. J. Delisle, D. Stuart and D. M. Tanovich, *Evidence: Principles and Problems* (9th ed. 2010), at p. 357.)

[161] One decision that illustrates this principle is *R. v. Provost*, 2006 NLCA 30, 256 Nfld. & P.E.I.R. 205, in which the Court of Appeal stressed that arguments about the prevalence of a crime in a community must be dealt with in ways that are consistent with the principles of procedural fairness:

In para. 15 of his sentencing decision, the Provincial Court Judge wrote:

... considering the number of trafficking offences that are coming before the courts, it is obvious that conditional periods of imprisonment have failed to have a deterrent effect. Those who are involved in significant criminal enterprises must be made to understand that their criminal activity will not be tolerated and that if caught and convicted, they will receive significant periods of incarceration.

It is good when judges are mindful of developments in their communities and of patterns of offences that come before the courts. That being said, such considerations need to be dealt with in ways that maintain procedural fairness; as well, they must not be used so as to detract from proper application of recognized principles of sentencing. [Emphasis added; paras. 13-14.]

[160] Par contre, malgré la latitude dont dispose le juge dans le cadre d'une audience pour déterminer la peine, il ne doit jamais perdre de vue l'importance de l'équité procédurale. Comme l'explique le professeur Davis :

[TRADUCTION] Le principe fondamental veut que les faits qui ne sont pas contenus dans le dossier doivent être tenus pour avérés dès lors qu'il est pratique de le faire, sauf que l'aspect pratique doit toujours céder le pas à l'exigence d'équité procédurale selon laquelle les parties doivent avoir l'occasion de contester comme il se doit tous les faits qui ont une incidence sur l'issue de la cause. [Je souligne; italique dans l'original omis.]

(K. C. Davis, *Administrative Law Text* (3^e éd. 1972), p. 314, cité dans R. J. Delisle, D. Stuart et D. M. Tanovich, *Evidence : Principles and Problems* (9^e éd. 2010), p. 357.)

[161] Parmi les décisions qui illustrent ce principe, je note l'affaire *R. c. Provost*, 2006 NLCA 30, 256 Nfld. & P.E.I.R. 205, où la Cour d'appel insiste sur le fait que les prétentions quant au caractère généralisé d'un crime dans la communauté doivent être traitées de manière à respecter les principes d'équité procédurale :

[TRADUCTION] Au par. 15 de sa sentence, le juge de la Cour provinciale a écrit :

... compte tenu du nombre d'infractions au code de la sécurité routière dont sont saisis les tribunaux, il est évident que les périodes d'emprisonnement avec sursis n'ont pas eu d'effet dissuasif. Or, il faut faire comprendre à ceux qui participent à des entreprises criminelles d'importance que leurs activités criminelles ne seront pas tolérées et que s'ils sont pris et déclarés coupables, ils se verront infliger des périodes d'incarcération importantes.

Il convient que les juges soient conscients de l'évolution de leur communauté et du type d'infractions sur lesquelles les tribunaux sont appelés à se prononcer. Cela dit, il faut tenir compte de telles considérations de manière à préserver l'équité procédurale; de même, elles ne doivent pas être utilisées de telle sorte qu'elles minent l'application correcte des principes reconnus applicables à la détermination de la peine. [Je souligne; par. 13-14.]

[162] In the instant case, it is true that the prosecution referred to the number of impaired driving cases in the region, and defence counsel did not dispute that fact. With this in mind, I agree with my colleague that the judge cannot be criticized for his comments on the situation in his region, such as his reference at para. 72 to [TRANSLATION] “this scourge” in his district. However, I find that the opposite is true for his question: “Might it be that driving in such a state is trivialized here more than elsewhere?” (para. 72). Sentencing has high stakes both for the individual and for society. For the respondent, as for many accused — the vast majority of whom plead guilty, as Dickson J. noted in *Gardiner* — the sentence is the most important decision the criminal justice system will have to make about them. Although judges should not be denied an opportunity to obtain relevant information by requiring compliance with all the evidential rules common to a trial, “the obtaining and weighing of such evidence should be fair. A substantial liberty interest of the offender is involved and the information obtained should be accurate and reliable”: *Gardiner*, at p. 414. In exercising their discretion in conducting the proceedings to choose the information on which they will rely in order to impose a just sentence, judges must bear in mind the importance of the facts in question and the impact on the offender of how they are dealt with: Ruby, Chan and Hasan, at pp. 100-101, citing *R. v. Alarie* (1980), 28 C.R. (3d) 73 (Que. Ct. Sess. P.).

[163] In my opinion, there is no indication that the trial judge in the case at bar was in a position to take judicial notice of the fact that impaired driving is trivialized in the Beauce region more than elsewhere. In this regard, knowing the impact on sentencing of that factor, which he considered to be aggravating, and the particular weight he was going to attach to it in imposing a more severe sanction, he should, in the interest of procedural fairness, have informed the respondent of his concerns on this point and requested submissions from him. But he did not do so, even though the importance he attached to that aggravating factor ultimately led him to impose a sentence that favoured exemplarity at the expense of proportionality.

[162] Dans le cas présent, il est vrai que la poursuite a mentionné le nombre de dossiers de conduite avec capacités affaiblies dans la région, et l’avocat de la défense n’a pas contesté ce fait. Dans ce contexte, je conviens avec mon confrère qu’on ne peut reprocher au juge ses remarques sur la situation prévalant dans sa région comme lorsque, au par. 72, il fait état de « ce fléau » dans son district. Par contre, selon moi, il en va autrement quant à son interrogation : « Serait-ce qu’ici plus qu’ailleurs, ce genre de conduite est banalis[é]? » (par. 72). La détermination de la peine comporte des enjeux importants tant pour l’individu que pour la société. Pour l’intimé, comme pour de nombreux accusés — dont la plupart avouent leur culpabilité comme le souligne le juge Dickson dans *Gardiner* — la peine est la décision la plus importante que la justice pénale est appelée à rendre à leur endroit. Bien qu’on ne doive pas enlever au juge la possibilité d’obtenir des renseignements pertinents en exigeant le respect de toutes les règles de preuve applicables à un procès, « il faut que le rassemblement et l’évaluation de ces éléments de preuve soient justes. La liberté de l’accusé en dépend largement et il faut que les renseignements fournis soient exacts et sûrs » : *Gardiner*, p. 414. En exerçant son pouvoir discrétionnaire de diriger les procédures et de choisir les renseignements auxquels il se fierait afin de rendre une sentence juste, le juge doit garder à l’esprit l’importance des faits en question et l’incidence de leur traitement pour le délinquant : Ruby, Chan et Hasan, p. 100-101, citant *R. c. Alarie* (1980), 28 C.R. (3d) 73 (C.S.P.Q.).

[163] À mon avis, rien n’indique qu’ici, le premier juge était en mesure de prendre connaissance d’office du fait que la conduite avec capacités affaiblies était plus banalisée en Beauce qu’ailleurs. À ce chapitre, sachant l’incidence sur la détermination de la peine de ce facteur jugé aggravant à ses yeux et le poids particulier qu’il allait y accorder en vue d’imposer une sanction plus sévère, il aurait dû aviser l’intimé de son interrogation à cet égard et solliciter ses observations, par souci d’équité procédurale. Or, il ne l’a pas fait, alors qu’au bout du compte, l’importance qu’il a attribuée à ce facteur aggravant l’a mené à infliger une peine qui favorisait l’exemplarité au détriment de la proportionnalité.

(5) Just and Appropriate Sentence

[164] In light of all the above, I agree with the Court of Appeal that the trial judge overemphasized the objectives of exemplarity and deterrence while at the same time overlooking the principles of similarity of sentences and individualization in sentencing. Having regard to the sentencing judge's failure to consider a relevant and important mitigating factor, namely the favourable presentence report, and to the excessive emphasis he placed on aggravating factors that were not really aggravating factors, I believe the Court of Appeal was justified in intervening and reopening the analytical process in order to determine whether the sentence was just and appropriate. With respect, these were not non-determinative errors by the trial judge, nor did they amount to a mere failure to properly weigh the aggravating or mitigating factors he analyzed. In my opinion, it was open to the Court of Appeal to find, on the contrary, that they were reviewable errors that, viewed as a whole and given their determinative impact on sentencing principles, warranted its intervention.

[165] On the one hand, in the name of deterrence and exemplarity, the trial judge focused on the perceived prevalence of the crime in the community and disregarded the individual and contextual factors, which led him to impose a sentence that was excessive in the respondent's case. It can be seen from his reasons that he placed emphasis on deterrence, to the detriment of other penological objectives. At paras. 76-86, he discussed several decisions in which reference had been made to the primacy of the deterrence factor. However, in most of those decisions, the courts had discussed deterrence as a factor in addition to other serious aggravating circumstances that existed in the cases before them, which does not reflect the situation in the case at bar.

[166] For example, in *R. v. Junkert*, 2010 ONCA 549, 103 O.R. (3d) 284, the Ontario Court of Appeal acknowledged that a five-year sentence for impaired driving causing death was at the high end of the sentences that are normally imposed. However, it upheld the sentence in light of a number of

(5) La peine juste et appropriée

[164] Compte tenu de tout ce qui précède, je conviens avec la Cour d'appel que le premier juge a accordé trop d'importance aux objectifs d'exemplarité et de dissuasion, tout en faisant abstraction des principes de similarité et d'individualisation de la peine. Eu égard à l'omission du premier juge de considérer un facteur atténuant pertinent et important, soit le rapport présentenciel favorable, et à son insistance trop grande sur des facteurs aggravants qui n'en sont pas, j'estime que la Cour d'appel était justifiée d'intervenir et de reprendre le processus d'analyse pour juger du caractère juste et approprié de la peine. Avec égards, il ne s'agissait pas là d'erreurs non déterminantes du premier juge ni d'une question de pondération inadéquate des facteurs aggravants ou atténuants qu'il a analysés. Selon moi, la Cour d'appel pouvait conclure qu'il s'agissait au contraire d'erreurs révisables qui, considérées dans leur ensemble et vu leur impact décisif sur les principes applicables en matière de détermination de la peine, justifiaient une intervention.

[165] D'une part, au nom de la dissuasion et de l'exemplarité, le juge s'est focalisé sur la prépondérance perçue de ce crime dans la communauté et a passé outre aux facteurs individuels et contextuels pour imposer une peine qui s'avère excessive dans le cas de l'intimé. Ses motifs révèlent son insistance sur la dissuasion au détriment d'autres objectifs pénologiques. Aux par. 76-86, il renvoie à plusieurs décisions qui réfèrent à la primauté du facteur de dissuasion. Or, dans la plupart de ces décisions, les tribunaux discutent de la dissuasion comme d'un facteur qui s'ajoute aux autres circonstances aggravantes sérieuses qui étaient présentes dans les affaires dont ils étaient saisis, ce qui n'est pas le cas ici.

[166] Ainsi, dans *R. c. Junkert*, 2010 ONCA 549, 103 O.R. (3d) 284, la Cour d'appel de l'Ontario reconnaît qu'une peine de cinq ans pour conduite avec capacités affaiblies causant la mort se situe parmi les peines les plus élevées normalement imposées. La cour maintient cependant la peine en raison de

aggravating factors, including a very high blood alcohol level and the reckless way the accused had been driving. In *R. v. Ruizfuentes*, 2010 MBCA 90, 258 Man. R. (2d) 220, the Manitoba Court of Appeal referred to the trend toward higher sentences in recent years and stressed the importance of denunciation and deterrence. It nevertheless intervened to reduce the sentence despite the fact that there were a number of aggravating factors. In *R. v. Lépine*, 2007 QCCA 70, the Quebec Court of Appeal considered the particular circumstances of the accused and stated that [TRANSLATION] “the judge based his decision on well-supported reasons that led him to conclude that a term of imprisonment was necessary both for general deterrence and for specific deterrence”: para. 17 (CanLII) (emphasis added). The sentence imposed on each of the two counts of impaired driving causing death was three years’ imprisonment. Finally, in *R. v. Brutus*, 2009 QCCA 1382, while the Quebec Court of Appeal stressed the importance of denunciation and deterrence in impaired driving cases, it added that [TRANSLATION] “[t]he sentence imposed in this case is not unreasonable in light of [the objective of deterrence], nor is it unreasonable in light of all the circumstances of the case”: para. 18 (CanLII) (emphasis added). In that case, the court found that there were several aggravating factors, including a high blood alcohol level, the fact that the accused had been driving with a suspended driver’s licence and the fact that she had done nothing concrete to turn her situation around.

[167] On the other hand, the trial judge’s errors also had another consequence: the violation of the principle that sentences should be similar to other sentences imposed in similar circumstances, which is the corollary of the principle of proportionality (see G. Renaud, *Principes de la détermination de la peine* (2004), at p. 37). He determined the sentence by referring, *inter alia*, to the two victims, to the importance of the local situation in this case, to the importance of the objectives of denunciation and deterrence, and to *Paré*, which he distinguished. Although the trial judge referred to several decisions in his reasons, he provided little if any explanation

la présence de plusieurs facteurs aggravants, dont un taux d’alcoolémie très élevé et la manière très négligente dont l’accusé conduisait. Dans *R. c. Ruizfuentes*, 2010 MBCA 90, 258 Man. R. (2d) 220, la Cour d’appel du Manitoba mentionne la tendance, dans les années récentes, à l’imposition de peines plus étendues et met l’accent sur l’importance de la dénonciation et de la dissuasion. Elle intervient toutefois pour diminuer la peine imposée, et ce, malgré la présence de plusieurs facteurs aggravants. Dans *R. c. Lépine*, 2007 QCCA 70, la Cour d’appel du Québec prend en compte la situation particulière de l’accusé et indique que « le juge a appuyé sa décision sur des motifs bien étayés qui l’ont amené à conclure qu’une peine d’emprisonnement était nécessaire tant au niveau de la dissuasion générale que de la dissuasion spécifique » : par. 17 (CanLII) (je souligne). La peine imposée pour chacune des deux infractions de conduite avec capacités affaiblies causant la mort était de trois ans d’emprisonnement. Enfin, dans *R. c. Brutus*, 2009 QCCA 1382, si la Cour d’appel du Québec met l’accent sur l’importance de la dénonciation et de la dissuasion dans les dossiers de conduite avec capacités affaiblies, elle ajoute que « [l]a peine imposée en l’espèce n’est pas déraisonnable au regard de [l’objectif de dissuasion], pas plus qu’elle ne l’est au regard de toutes les circonstances propres à l’affaire » : par. 18 (CanLII) (je souligne). Dans cet arrêt, la cour constate la présence de plusieurs facteurs aggravants, dont une alcoolémie élevée, la conduite d’un véhicule alors que le permis de conduire de l’accusée était suspendu et l’absence de reprise en main concrète de sa situation par cette dernière.

[167] D’autre part, les erreurs commises par le juge ont entraîné une deuxième conséquence : la violation du principe de l’harmonisation des peines, le corollaire du principe de proportionnalité (voir G. Renaud, *Principes de la détermination de la peine* (2004), p. 37). Le juge a déterminé la peine en faisant référence notamment aux deux victimes, à l’importance en l’occurrence de la situation locale et des objectifs de dénonciation et de dissuasion, ainsi qu’à l’arrêt *Paré*, qu’il a distingué. Bien que le juge se soit référé à plusieurs décisions dans ses motifs, il a fourni peu d’explications, voire aucune, sur la peine de 78 mois d’emprisonnement qu’il a en définitive

for the sentence of 78 months' imprisonment that he ultimately imposed on the respondent, despite the fact that the severity of that sentence is not in any doubt. In my view, however, a review of the cases concerning offenders who committed similar crimes in similar circumstances does not bring any comparable case to light in which so severe a sentence was imposed. This being so, I am of the opinion that it was open to the Court of Appeal to intervene to reassess the fitness of the sentence. In this regard, although it would also have been preferable for the Court of Appeal to provide a more thorough explanation, the 48-month sentence it imposed seems much more consistent with what can be seen in comparable decisions. I will focus my analysis on some recent cases that, like the respondent's case, involved two counts of impaired driving causing death.

[168] In *R. v. Charles*, 2011 BCCA 68, 10 M.V.R. (6th) 177, aff'g 2009 BCSC 1391, the British Columbia Court of Appeal upheld a sentence of three years' imprisonment on two counts of impaired driving causing death for a 21-year-old Aboriginal accused with no criminal record. His alcohol consumption had been excessive and, although he did have family support, he had displayed a lack of remorse.

[169] In *R. v. McIlwrick*, 2008 ABQB 724, 461 A.R. 16, the accused was convicted of two counts of impaired driving causing death and two counts of impaired driving causing bodily harm. He had been smoking marijuana while driving to work and had had a high level of THC in his blood, which had caused his impairment. He had a criminal record (assault, drug possession, possession for the purpose of trafficking). Although he had expressed remorse, the judge and the probation officer had concluded that he had failed to take full responsibility for his actions. The accused had nonetheless been co-operative with the police, had support from his family and required medical care. The judge sentenced him to 48 months' imprisonment.

imposée à l'intimé, bien que la sévérité de cette dernière ne fasse aucun doute. Or, selon moi, une revue de la jurisprudence relative à des délinquants ayant commis des crimes similaires dans des circonstances similaires ne révèle pas de cas comparable où la peine imposée atteint un tel degré de sévérité. Cela étant, je considère que la Cour d'appel pouvait intervenir pour réévaluer la justesse de la peine. À ce chapitre, bien qu'il eût été souhaitable qu'elle s'en explique également de façon plus étoffée, la peine de 48 mois qu'a imposée la Cour d'appel me semble nettement plus conforme à ce qu'indique l'étude de décisions comparables. Je concentre mon analyse sur les affaires récentes où il est question de deux chefs d'accusation de conduite avec capacités affaiblies causant la mort, comme dans le cas de l'intimé.

[168] Dans *R. c. Charles*, 2011 BCCA 68, 10 M.V.R. (6th) 177, conf. 2009 BCSC 1391, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé une peine d'emprisonnement de trois ans pour deux chefs de conduite avec capacités affaiblies causant la mort infligée à un accusé autochtone de 21 ans sans antécédents judiciaires. La consommation d'alcool était excessive, et malgré un soutien familial, l'accusé ne faisait preuve d'aucun remords.

[169] Dans *R. c. McIlwrick*, 2008 ABQB 724, 461 A.R. 16, l'accusé a été déclaré coupable de deux chefs de conduite avec capacités affaiblies causant la mort et de deux chefs de conduite avec capacités affaiblies causant des lésions corporelles. Il fumait de la marijuana en route vers son travail et avait une concentration élevée de THC dans le sang, ce qui a causé l'affaiblissement de ses capacités. Il avait des antécédents judiciaires (voies de fait, possession de stupéfiants, possession en vue d'en faire le trafic). Même s'il a exprimé des remords, la juge et l'agente de probation ont conclu à une certaine absence de prise de responsabilité. L'accusé avait tout de même collaboré avec la police, jouissait d'un soutien familial et avait besoin de soins médicaux. La juge lui a imposé une peine de 48 mois d'emprisonnement.

[170] In *R. v. Olsen*, 2011 ABCA 308, 515 A.R. 76, the accused pleaded guilty to two counts of impaired driving causing death; the victims were the parents of five children. He had been 22 years old at the time of the offence; his blood alcohol level had been 226 mg/100 mL, and he had been driving in excess of the speed limit. He had a lengthy record of driving offences, including in particular 16 convictions in the five years before the incident, some of them for speeding. His licence had been suspended four times. He had no criminal record, and he had expressed remorse in a letter written to the victims' children and family. He had the support of his family and was employed. The Alberta Court of Appeal sentenced him to 42 months' imprisonment.

[171] In *R. v. Pelletier*, 2009 QCCQ 6277, the accused pleaded guilty to two counts: one of having operated a vehicle while his ability to do so was impaired by alcohol and having caused the deaths of two persons as a result, and the second of having, in the same circumstances, caused bodily harm to a third person. He had a criminal record with convictions for attempting to commit an indictable offence and breaking and entering with intent, and for drug possession, but none involving the operation of a motor vehicle. After drinking for several hours [TRANSLATION] "while visiting friends and also at a bar, he drove his vehicle from place to place and, finally, still behind the wheel of his vehicle, headed for a convenience store to buy beer": para. 22 (CanLII). His blood alcohol level was 182 mg/100 mL, and he was driving at 120 km/h in a 90 km/h zone at the time of the accident. The victims were 15 and 16 years old. He had been convicted of three speeding offences under the Quebec *Highway Safety Code*, CQLR, c. C-24.2, between 2004 and 2007. The mitigating factors identified by the court included his age and the facts that he had pleaded guilty, had expressed remorse to the probation officer, had developed an awareness, had obtained a new job, had a support network, had been given a favourable presentence report and had complied with his release conditions. The court imposed a sentence of 42 months' imprisonment.

[170] Dans *R. c. Olsen*, 2011 ABCA 308, 515 A.R. 76, l'accusé a plaidé coupable à deux chefs de conduite avec capacités affaiblies causant la mort de deux personnes, parents de cinq enfants. Il avait 22 ans au moment des faits, son alcoolémie était de 226 mg/100 ml et il conduisait à une vitesse excessive. Il détenait un très lourd dossier de conduite, qui comprenait notamment 16 déclarations de culpabilité dans les cinq ans précédant l'incident, dont plusieurs pour excès de vitesse. Son permis avait été suspendu à quatre reprises. Il n'avait aucun casier judiciaire et a exprimé ses remords dans une lettre rédigée aux enfants et à la famille des victimes. Il bénéficiait d'un soutien familial et avait un emploi. La Cour d'appel de l'Alberta lui a imposé une peine de 42 mois d'incarcération.

[171] Dans *R. c. Pelletier*, 2009 QCCQ 6277, l'accusé a plaidé coupable à deux chefs d'accusation, l'un d'avoir conduit un véhicule alors que sa capacité de conduire était affaiblie par l'alcool et d'avoir par-là causé la mort de deux personnes, et l'autre, d'avoir dans les mêmes circonstances causé des lésions corporelles à une troisième personne. Il avait des antécédents judiciaires, mais pas en matière de conduite automobile, soit pour tentative de commettre un acte criminel et introduction par effraction avec intention, et pour possession de stupéfiants. L'accusé avait consommé pendant plusieurs heures « chez des amis, dans un bar et conduisait son véhicule d'un endroit à l'autre pour finalement toujours au volant de son véhicule, se diriger vers un dépanneur pour acheter de la bière » : par. 22 (CanLII). Son alcoolémie était de 182 mg/100 ml et il roulait à 120 km/h dans une zone de 90 au moment de l'incident. Les victimes avaient 15 et 16 ans. Il avait été condamné à trois infractions au *Code de la sécurité routière* du Québec, RLRQ, c. C-24.2, entre 2004 et 2007 pour excès de vitesse. Les facteurs atténuants retenus par le tribunal incluaient l'âge, le plaidoyer de culpabilité, les remords exprimés à l'agent de probation, la prise de conscience, l'obtention d'un nouvel emploi, le réseau de soutien, le rapport présentenciel favorable, et le respect des conditions de remise en liberté. Le tribunal a imposé à l'accusé une peine de 42 mois d'emprisonnement.

[172] In *R. v. Nottebrock*, 2014 ABQB 662, 15 Alta. L.R. (6th) 114, the accused was convicted of two counts of criminal negligence causing death and two counts of impaired driving causing death. She had had a blood alcohol level between 222 and 227 mg/100 mL and had been driving at between 135 and 145 km/h in an 80 km/h zone when she ran a red light without even braking. She was 28 years old at the time of her sentencing. She was extremely remorseful and took responsibility for her actions. The risk of her reoffending was low. The court sentenced her to 54 months' imprisonment.

[173] By comparison, the cases of impaired driving causing death in which sentences of between six and nine years have been imposed have involved significant aggravating circumstances that are not present in the case at bar, such as a criminal record for similar offences (impaired driving or driving with a blood alcohol level over the limit), a larger number of victims, driving with children in the vehicle, refusal to listen to other people's warnings, driving without a licence or while disqualified from driving or prohibited from consuming alcohol, an extremely high blood alcohol level, an untreated alcohol dependence, a risk of reoffending, or a negative presentence report: see, for example, *R. v. Cooper*, 2007 NSSC 115, 255 N.S.R. (2d) 18; *R. v. Kummer*, 2011 ONCA 39, 103 O.R. (3d) 641; *R. v. Cote*, 2007 SKPC 100, 300 Sask. R. 194; *R. v. York*, 2015 ABCA 129, 78 M.V.R. (6th) 4; *R. v. Gravel*, 2013 QCCQ 10482; *R. v. Comeau*, 2008 QCCQ 4804, aff'd 2009 QCCA 1175; *R. v. Côté*, 2002 CanLII 27228 (C.Q.); *R. v. Morneau*, 2009 QCCA 1496; *R. v. Bois*, 2005 CanLII 10575 (C.Q.).

[174] In particular, the three cases on which my colleague relies at para. 70 in support of his conclusion that a term of imprisonment of six years or more is clearly not excessive all involved circumstances very different from those of the respondent. In two of the three cases, there were three victims rather than two; this is a factor that creates a significant disparity in the sentences in question. In *R.*

[172] Dans *R. c. Nottebrock*, 2014 ABQB 662, 15 Alta. L.R. (6th) 114, l'accusée a été déclarée coupable de deux chefs de négligence criminelle causant la mort et de deux chefs de conduite avec capacités affaiblies causant la mort. Elle avait une alcoolémie entre 222 et 227 mg/100 ml et roulait entre 135 et 145 km/h dans une zone de 80 au moment où elle a brûlé un feu rouge, sans jamais freiner. Elle avait 28 ans au moment de la détermination de la peine. Elle a exprimé beaucoup de remords et a reconnu sa responsabilité. Il y avait un faible risque de récidive. Le tribunal lui a imposé une peine de 54 mois d'incarcération.

[173] En comparaison, dans les affaires de conduite avec capacités affaiblies causant la mort où la peine imposée se situe entre six et neuf ans, on retrouve des circonstances aggravantes importantes qui ne sont pas présentes en l'espèce, comme des antécédents judiciaires en semblable matière (conduite avec capacités affaiblies ou conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite), un plus grand nombre de victimes, le fait d'avoir conduit avec des enfants dans le véhicule, le refus d'écouter les avertissements des autres personnes, la conduite sans permis ou pendant une interdiction (interdiction de conduire ou de consommer de l'alcool), une alcoolémie extrêmement élevée, une dépendance à l'alcool non traitée, des risques de récidive et un rapport présentenciel négatif : voir p. ex. *R. c. Cooper*, 2007 NSSC 115, 255 N.S.R. (2d) 18; *R. c. Kummer*, 2011 ONCA 39, 103 O.R. (3d) 649; *R. c. Cote*, 2007 SKPC 100, 300 Sask. R. 194; *R. c. York*, 2015 ABCA 129, 78 M.V.R. (6th) 4; *R. c. Gravel*, 2013 QCCQ 10482; *R. c. Comeau*, 2008 QCCQ 4804, conf. par 2009 QCCA 1175; *R. c. Côté*, 2002 CanLII 27228 (C.Q.); *R. c. Morneau*, 2009 QCCA 1496; *R. c. Bois*, 2005 CanLII 10575 (C.Q.).

[174] Plus particulièrement, les trois arrêts sur lesquels insiste mon collègue au par. 70 pour soutenir qu'une peine d'emprisonnement de six ans ou plus n'est manifestement pas excessive se caractérisent tous par des circonstances qui diffèrent sensiblement de celles de l'intimé. Dans deux des trois arrêts, il y avait trois victimes, et non deux; il s'agit là d'un facteur qui crée une disparité notable dans

v. Wood (2005), 196 C.C.C. (3d) 155 (Ont. C.A.), for example, the accused, who had a long criminal record, had killed three people while driving on the wrong side of the road and without a licence, and while severely intoxicated: his blood alcohol level had been more than twice the legal limit. In *Kummer*, too, the appellant had caused the deaths of three people and bodily harm to two others, and his blood alcohol level had been more than twice the legal limit. In *Morneau*, the third case cited, the accused had three prior convictions for impaired driving, he had done nothing to obtain treatment for his drinking problem, his blood alcohol level had been three times the legal limit and, despite the fact that he had pleaded guilty, he had shown [TRANSLATION] “great immaturity” and recklessness: 2009 QCCQ 1271, at para. 15 (CanLII). With respect, I do not consider these to be proper parallels to justify the sentence the Court of Appeal found to be excessive in the respondent’s circumstances.

[175] In my view, this analysis leads to two observations. First, the Court of Appeal did not intervene lightly: by varying the sentence imposed by the trial judge from 78 to 48 months, the court reduced it by more than a third. This significant reduction supports the Court of Appeal’s finding that the sentence was excessive. Second, the sentence imposed by the Court of Appeal does not itself represent a substantial and marked departure from the sentences imposed on similar offenders who committed similar crimes in similar circumstances. On the contrary, it is entirely consistent with the sentences imposed on offenders with characteristics similar to those of the respondent. Insofar as the Court of Appeal correctly stated the law before intervening, I am of the opinion that it is not open to this Court to substitute its view for that of the Court of Appeal on the sentence. The Court of Appeal considered the relevant sentencing principles and took the specific features of the case into account. Although sentences imposed by provincial appellate courts are not entitled to the same level of deference as is accorded to sentences imposed by trial judges, they are nonetheless entitled to deference, since those courts hear appeals against sentence more often than this Court, which

les peines recensées. Ainsi, dans *R. c. Wood* (2005), 196 C.C.C. (3d) 155 (C.A. Ont.), l’accusé avait un lourd dossier d’antécédents judiciaires. Il avait tué trois personnes en roulant à contresens, sans permis et dans un état d’ébriété sévère : son alcoolémie était de plus de deux fois la limite permise. Dans *Kummer*, l’appelant avait causé là aussi la mort de trois personnes et des lésions corporelles à deux autres, et son alcoolémie était de plus de deux fois la limite permise. Par ailleurs, dans *Morneau*, le troisième arrêt cité, l’accusé avait trois antécédents de conduite avec capacités affaiblies, il n’avait pris aucune mesure pour suivre une thérapie pour régler son problème d’alcool, son alcoolémie était de trois fois la limite permise et, malgré son plaidoyer de culpabilité, il avait fait montre d’un « grand manque de maturité » et d’insouciance : 2009 QCCQ 1271, par. 15 (CanLII). Avec égards, je ne crois pas que ce soient là des parallèles adéquats pour expliquer la peine excessive dénoncée par la Cour d’appel dans la situation de l’intimé.

[175] Cette analyse mène selon moi à deux constats. D’une part, la Cour d’appel n’est pas intervenue à la légère : en modifiant la sanction infligée par le juge de 78 à 48 mois, elle l’a réduite de plus du tiers. Cette réduction appréciable appuie son constat que la peine était excessive. D’autre part, la peine que la Cour d’appel a imposée ne s’écarte pas, elle, de façon marquée et substantielle des peines infligées à des délinquants ayant commis des crimes similaires dans des circonstances similaires. Au contraire, elle se situe tout à fait dans la foulée de celles imposées aux délinquants dont les caractéristiques étaient semblables à celles de l’intimé. Dans la mesure où la Cour d’appel s’est bien dirigée en droit avant d’intervenir, j’estime qu’il n’appartient pas à la Cour de substituer son point de vue au sien quant à la détermination de la peine. La Cour d’appel a examiné les principes pertinents de détermination de la peine et a tenu compte des particularités du dossier. Même si le degré de retenue applicable à l’égard des peines infligées par les cours d’appel provinciales n’est pas le même qu’à l’égard des peines prononcées par les juges présidant les procès, il convient de faire montre de déférence envers les peines infligées par les premières, car celles-ci sont plus fréquemment

rarely hears them: *R. v. R.N.S.*, 2000 SCC 7, [2000] 1 S.C.R. 149, at para. 23; *Proulx*, at para. 2.

B. *Driving Prohibition*

[176] Turning to the issue of the driving prohibition, I agree with my colleague that the Court of Appeal and the trial judge both erred in failing to take into account the length of the presentence driving prohibition. In their defence, the issue was not raised until the hearing in this Court, at which the appellant in fact agreed that it was a relevant consideration.

[177] In *R. v. Bilodeau*, 2013 QCCA 980, I expressed the opinion that [TRANSLATION] “[a]lthough the length of the presentence driving prohibition need not be subtracted in equal measure, it is nonetheless a factor to be considered in analyzing the reasonableness and appropriateness of the prohibition to be imposed under section 259(3.3)(b) *Cr. C.*”: para. 75 (CanLII). The Ontario Court of Appeal had already expressed a similar view in *R. v. Pellicore*, [1997] O.J. No. 226 (QL), at para. 1. The same reasoning also applies under s. 259(2)(a.1) *Cr. C.* In the instant case, I therefore consider it appropriate to reduce the length of the driving prohibition as my colleague suggests, that is, by the entire period during which the respondent was subject to a prohibition as part of his release conditions before being sentenced.

[178] Having said this, I believe that the wording chosen by the Court of Appeal in determining the length of the prohibition is consistent with that used by Parliament in s. 259(2)(a.1) *Cr. C.* I would retain that wording. My colleague refers either to a period “commencing at the time of the respondent’s release” (para. 110) or to one “commencing at the end of the respondent’s incarceration” (para. 121). However, the “time of the offender’s release” or “the end of the offender’s incarceration” could sometimes be confusing and could also differ from the “period to which [an] offender [was] sentenced to imprisonment”, which is the one specifically referred to in

saisies d’appels relatifs à la peine que notre Cour, qui entend rarement des pourvois de cette nature : *R. c. R.N.S.*, 2000 CSC 7, [2000] 1 R.C.S. 149, par. 23; *Proulx*, par. 2.

B. *L’interdiction de conduire*

[176] Sur la question de l’interdiction de conduire, maintenant, je conviens avec mon collègue que la Cour d’appel et le premier juge ont tous deux commis une erreur en omettant de tenir compte de la durée de l’interdiction de conduire préalable au prononcé de la peine. À leur décharge, cette question n’a été soulevée qu’à l’audience devant nous, où l’appelante a du reste convenu qu’il s’agissait d’une considération dont il fallait tenir compte.

[177] Dans *R. c. Bilodeau*, 2013 QCCA 980, j’ai exprimé l’opinion que « [s]ans pour autant devoir la déduire dans la même mesure, la durée de l’interdiction de conduire préalable au prononcé de la peine est un facteur à considérer dans l’analyse du caractère raisonnable et approprié de l’interdiction à imposer aux termes de l’article 259 (3.3.) b) *C.cr.* » : par. 75 (CanLII). La Cour d’appel de l’Ontario avait déjà exprimé un point de vue semblable dans *R. c. Pellicore*, [1997] O.J. No. 226 (QL), par. 1. Ce raisonnement vaut tout autant au regard de l’al. 259(2)a.1) *C. cr.* En l’espèce, il m’apparaît donc à propos de réduire la durée de l’interdiction de conduire comme le suggère mon collègue, soit de toute la période d’interdiction à laquelle l’intimé a été soumis avant le prononcé de la peine comme partie de ses conditions de mise en liberté.

[178] Cela dit, je considère que la formulation choisie par la Cour d’appel pour fixer la durée de l’interdiction correspond à ce qu’exprime le législateur à l’al. 259(2)a.1) *C. cr.* Pour ma part, je m’en tiendrais à ce libellé. Mon collègue réfère pour sa part soit à une période « débutant au moment de la libération » (par. 110), soit à une période « commençant au terme de l’incarcération » (par. 121). Or, le « moment d’une libération » ou celui où se « termine une incarcération » peuvent parfois se révéler source de confusion. Ils peuvent en outre différer de la « période d’emprisonnement à laquelle [un contrevenant a été] condamné », soit celle à

the relevant provisions of the *Cr. C.* In my opinion, it would be more prudent to stick to the words chosen by Parliament, as the Court of Appeal did in its judgment.

[179] In this case, the Court of Appeal [TRANSLATION] “[prohibited the respondent] from operating any motor vehicle in Canada for a period of four years, plus the period to which he [had been] sentenced to imprisonment”: para. 24. If the length of the presentence driving prohibition (two years and three months) is taken into account in recalculating the prohibition, the result is instead a period of one year and nine months (four years minus two years and three months). This is what I would retain for this aspect of the sentence.

C. *Fresh Evidence*

[180] Finally, I am of the view that the Court of Appeal did not make an error warranting the intervention of this Court when it declined to admit the fresh evidence of the respondent’s two breaches of his recognizances. Those breaches were a failure on his part to be at his residence as required between 9:00 p.m. and 7:00 a.m. on November 26, 2011, and the fact that he contacted the brother of one of the victims despite being prohibited from doing so: para. 19.

[181] The Court of Appeal held that the evidence in question did not satisfy the fourth condition from *Lévesque and Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, since, in the court’s estimation, it was unlikely to affect the result: para. 19. It was appropriate for the Court of Appeal to distinguish the circumstances of this case from those of *Bilodeau*. In that case, the appellant had been convicted of two counts of dangerous driving causing death, and the fresh evidence concerned a breach of a recognizance according to which he was not to operate a motor vehicle. As the Court of Appeal stated in its analysis, that evidence was capable of shedding light on the risk of his reoffending. The two breaches identified in the case at bar are very different.

[182] Of course, no breach of a recognizance should be taken lightly. However, the breaches that

laquelle renvoient précisément les dispositions pertinentes du *C. cr.* S’en tenir aux mots choisis par le législateur comme le fait la Cour d’appel dans son arrêt me semble plus prudent.

[179] En l’espèce, la Cour d’appel a « [interdit à l’intimé] de conduire tout véhicule à moteur au Canada pendant une période de quatre ans, en plus de la période d’emprisonnement à laquelle il [a été] condamné » : par. 24. En refaisant ce calcul en tenant compte de la durée de l’interdiction de conduire préalable au prononcé de la peine (soit deux ans et trois mois), on obtient plutôt une période de un an et neuf mois (soit quatre ans moins deux ans et trois mois). C’est ce à quoi je m’en tiendrais sur cet aspect de la peine.

C. *Preuve nouvelle*

[180] Finalement, j’estime que la Cour d’appel n’a pas commis d’erreur justifiant une intervention de notre part en refusant d’admettre la preuve nouvelle de deux manquements de l’intimé à ses engagements. Ces manquements incluaient le fait pour l’intimé d’avoir omis d’être à sa résidence entre 21 h et 7 h le 26 novembre 2011 comme il le devait, et le fait d’avoir communiqué avec le frère d’une des victimes alors qu’il lui était interdit de le faire : par. 19.

[181] La Cour d’appel a jugé que cette preuve ne satisfaisait pas à la quatrième condition des arrêts *Lévesque et Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, puisque, selon son évaluation, elle n’était pas susceptible d’influer sur le résultat : par. 19. La Cour d’appel pouvait valablement distinguer les circonstances en l’espèce de celles qui prévalaient dans *Bilodeau*. Dans cette dernière affaire, l’appelant avait été déclaré coupable de deux chefs de conduite dangereuse causant la mort, et la preuve nouvelle concernait un manquement à un engagement de ne pas conduire un véhicule automobile. Comme l’indique la Cour d’appel dans son analyse, cette preuve pouvait permettre de mieux cerner le risque d’une récidive. Les deux manquements relevés ici sont fort différents.

[182] Certes, aucun manquement à un engagement ne doit être pris à la légère. Cependant, ceux

the Court of Appeal had to consider in this case were, all in all, relatively minor, especially when all the relevant factors are taken into account. It was open to the Court of Appeal to conclude that the additional evidence was irrelevant in this context. Absent an error of law or a palpable and overriding error of fact warranting intervention, this Court should not reconsider the weight attached by the Court of Appeal to those breaches and substitute its view of what would have been relevant.

III. Disposition

[183] For these reasons, I would allow the appeal for the sole purpose of reducing the respondent's driving prohibition to one year and nine months, plus the period of four years to which he was sentenced to imprisonment.

Appeal allowed, McLACHLIN C.J. and GASCON J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec, Québec.

Solicitors for the respondent: Dumas Gagné Théberge, Québec.

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

que la Cour d'appel devait soupeser étaient somme toute relativement mineurs, surtout compte tenu de l'ensemble des facteurs pertinents. La Cour d'appel pouvait estimer cette preuve additionnelle peu pertinente dans ce contexte. En l'absence d'erreur de droit ou d'erreur de fait manifeste et déterminante justifiant une intervention, il n'appartient pas à notre Cour de se pencher à nouveau sur le poids accordé par la Cour d'appel à ces manquements pour y substituer notre perception de ce qui aurait été pertinent.

III. Dispositif

[183] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel à la seule fin de réduire l'interdiction de conduire de l'intimé à une période de un an et neuf mois, en plus de la période d'emprisonnement de quatre ans à laquelle il a été condamné.

Pourvoi accueilli, la juge en chef McLACHLIN et le juge GASCON sont dissidents.

Procureur de l'appelante : Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec, Québec.

Procureurs de l'intimé : Dumas Gagné Théberge, Québec.

Procureur de l'intervenant : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Derek Riesberry *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. RIESBERRY

2015 SCC 65

File No.: 36179.

Hearing and judgment: October 13, 2015.

Reasons delivered: December 18, 2015.

Present: Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Offences — Elements of offence — Cheating at play — Fraud — Accused attempted to rig horse races by drugging horses — Whether horse race constituted a game for purposes of offence of cheating at play — Whether accused's conduct constituted cheating at play or fraud — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 197(1) “game”, 209, 380(1).

R tried to rig two horse races. He was caught drugging one horse and trying to sneak syringes with drugs into the track for the purpose of doing the same thing to another. Bets in excess of \$5,000 had been placed on both races. R was charged with cheating while playing a game, defrauding the public, and attempting to commit the same offences. At trial, he was acquitted. The Court of Appeal allowed an appeal and set aside the acquittals. It ordered a new trial on the cheating counts and entered convictions on the fraud counts.

Held: The appeal should be dismissed.

The Court of Appeal was correct to order a new trial on the charges of cheating while playing a game. “Game” is defined as “a game of chance or mixed chance and skill” in s. 197(1) of the *Criminal Code*. The Crown had to establish that a horse race is a game with a systematic resort to chance to determine outcomes. There was evidence that post position is determined at random

Derek Riesberry *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. RIESBERRY

2015 CSC 65

N° du greffe : 36179.

Audition et jugement : 13 octobre 2015.

Motifs déposés : 18 décembre 2015.

Présents : Les juges Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown.

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

Droit criminel — Infractions — Éléments de l'infraction — Tricherie au jeu — Fraude — Tentative par l'accusé de truquer des courses de chevaux en droguant des chevaux — Une course de chevaux constituait-elle un jeu pour ce qui est de l'infraction de tricherie au jeu? — La conduite de l'accusé constituait-elle de la tricherie au jeu ou de la fraude? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 197(1) « jeu », 209, 380(1).

R a tenté de truquer deux courses de chevaux. Il s'est fait prendre alors qu'il droguait un cheval et alors qu'il tentait d'introduire subrepticement dans l'hippodrome des seringues contenant des drogues dans le but de droguer un autre cheval. Des paris de plus de 5 000 \$ avaient été faits sur les deux courses. R a été accusé d'avoir triché en pratiquant un jeu, d'avoir frustré le public d'une somme d'argent et de tentative de commettre les mêmes infractions. Il a été acquitté au procès. La Cour d'appel a accueilli un appel et annulé les acquittements. Elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès à l'égard des accusations de tricherie au jeu et elle a déclaré R coupable des accusations de fraude.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La Cour d'appel a eu raison d'ordonner la tenue d'un nouveau procès à l'égard des accusations d'avoir triché en pratiquant un jeu. Le mot « jeu » est défini comme un « [j]eu de hasard ou jeu où se mêlent le hasard et l'adresse » au par. 197(1) du *Code criminel*. Le ministère public devait établir qu'une course de chevaux est un jeu où l'on recourt systématiquement au hasard pour

and that certain post positions are more advantageous than others. The trial judge failed to consider this evidence upon which a trier of fact could find that there was systematic resort to chance which made the race a game of mixed chance and skill. Whether the evidence actually establishes this will be for the trier of fact at the new trial to determine.

Fraud consists of dishonest conduct that results in at least a risk of deprivation to the victim. Fraudulent conduct for the purposes of a fraud prosecution is not limited to deception, such as misrepresentations of fact. Rather, fraud requires proof of deceit, falsehood or other fraudulent means. The term “other fraudulent means” encompasses all other means which can properly be stigmatized as dishonest. Where the alleged fraudulent act is not in the nature of deceit or falsehood, the causal link between the dishonest conduct and the deprivation may not depend on showing that the victim relied on or was induced to act by the fraudulent act. R’s conduct constituted other fraudulent means because it can properly be stigmatized as dishonest conduct that caused a risk of deprivation to the betting public. There is a direct causal relationship between R’s conduct and a risk of financial deprivation to the betting public. The trial judge erred in law by finding that the betting public was not put at risk of deprivation and that any risk of deprivation was too remote.

The trial judge made the necessary findings of fact to support the fraud convictions entered by the Court of Appeal, including in relation to both required aspects of the required *mens rea* of fraud. The trial judge found that R knew that his acts were dishonest and, in the context of the cheating while playing a game charges, that he knew that his dishonest conduct put bettors at risk of deprivation. That, after all, is what cheating is.

Cases Cited

Distinguished: *Harless v. United States*, 1 Morris 169 (1843); **referred to:** *Ross, Banks and Dyson v. The Queen*, [1968] S.C.R. 786; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5; *R. v. Zlatic*, [1993] 2 S.C.R. 29; *R. v. Olan*, [1978] 2 S.C.R. 1175; *Scott*

en déterminer l’issue. La preuve révélait que la position de départ des chevaux est déterminée au hasard, et que certaines positions de départ sont plus avantageuses que d’autres. Le juge du procès n’a pas tenu compte de cette preuve qui serait susceptible de permettre à un juge des faits de conclure à l’existence d’un recours systématique au hasard qui faisait de la course un jeu où se mêlent le hasard et l’adresse. Il appartiendra au juge des faits qui présidera le nouveau procès de déterminer si la preuve le démontre effectivement.

La fraude consiste en un comportement malhonnête qui crée à tout le moins un risque de privation pour la victime. Pour les besoins d’une poursuite pour fraude, le comportement frauduleux ne se limite pas à la tromperie, par exemple par de fausses indications sur des faits. La fraude requiert plutôt la preuve d’une supercherie, d’un mensonge ou d’un autre moyen dolosif. L’expression « autre moyen dolosif » englobe tous les autres moyens qu’on peut correctement qualifier de malhonnêtes. Lorsque l’acte que l’on dit frauduleux ne s’apparente pas à la supercherie ou au mensonge, la démonstration de l’existence du lien de causalité entre le comportement malhonnête et la privation ne dépend pas nécessairement de la preuve que la victime s’est fondée sur l’acte frauduleux ou que cet acte frauduleux l’a incitée à agir. Le comportement de R constituait un autre moyen dolosif, parce qu’il peut être proprement qualifié de comportement malhonnête ayant crée un risque de privation pour les parieurs. Il existe un lien de causalité direct entre le comportement de R et le risque de privation financière des parieurs. Le juge du procès a commis une erreur de droit en concluant que les parieurs ne risquaient pas de subir une privation et que tout risque de privation était trop éloigné.

Le juge du procès a tiré les conclusions de fait nécessaires pour justifier les déclarations de culpabilité pour fraude prononcées par la Cour d’appel, notamment en ce qui concerne les deux aspects requis pour établir la *mens rea* exigée en matière de fraude. Le juge du procès a conclu que R savait que les actes qu’il commettait étaient malhonnêtes et que, dans le contexte des accusations d’avoir triché en pratiquant un jeu, il savait que sa conduite malhonnête exposait les parieurs à un risque de privation, ce qui, après tout, correspond à la définition de la tricherie.

Jurisprudence

Distinction d’avec l’arrêt : *Harless c. United States*, 1 Morris 169 (1843); **arrêts mentionnés :** *Ross, Banks and Dyson c. The Queen*, [1968] R.C.S. 786; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5; *R. c. Zlatic*, [1993] 2 R.C.S. 29;

v. Metropolitan Police Commissioner, [1975] A.C. 819; *Vézina and Côté v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2; *R. v. Cassidy*, [1989] 2 S.C.R. 345.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 197(1) “game”, 209, 380(1).

Ontario. Racing Commission. *Rules of Standardbred Racing*, 2008, r. 10.01.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Simmons, Rouleau and Tulloch JJ.A.), 2014 ONCA 744, 122 O.R. (3d) 594, 316 C.C.C. (3d) 527, 325 O.A.C. 351, [2014] O.J. No. 5094 (QL), 2014 CarswellOnt 14907 (WL Can.), setting aside the accused’s acquittals and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Gregory Lafontaine, for the appellant.

Michael Kelly and Matthew Asma, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] This appeal was heard and dismissed, with reasons to follow, on October 13, 2015. These are the reasons.

[2] The appellant, Mr. Riesberry, tried to rig two horse races by drugging two horses. The question at the bottom of this appeal is whether the provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, under which he was charged can apply to this conduct.

[3] Mr. Riesberry was a licensed trainer of Standardbred horses. He was caught on video drugging one horse, and caught trying to sneak syringes with drugs into the track for the purpose of doing the same thing to another. For the drugging caught on tape, he was charged with cheating while playing a game (a

R. c. Olan, [1978] 2 R.C.S. 1175; *Scott c. Metropolitan Police Commissioner*, [1975] A.C. 819; *Vézina et Côté c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2; *R. c. Cassidy*, [1989] 2 R.C.S. 345.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 197(1) « jeu », 209, 380(1).

Ontario. Commission des courses. *Rules of Standardbred Racing*, 2008, r. 10.01.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Simmons, Rouleau et Tulloch), 2014 ONCA 744, 122 O.R. (3d) 594, 316 C.C.C. (3d) 527, 325 O.A.C. 351, [2014] O.J. No. 5094 (QL), 2014 CarswellOnt 14907 (WL Can.), qui a annulé les verdicts d’acquiescement de l’accusé et ordonné la tenue d’un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Gregory Lafontaine, pour l’appellant.

Michael Kelly et Matthew Asma, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[1] Le présent pourvoi a été entendu et rejeté le 13 octobre 2015, avec motifs à suivre. Voici ces motifs.

[2] L’appellant, M. Riesberry, a tenté de truquer deux courses de chevaux en droguant deux chevaux. La question à la base du pourvoi est de savoir si les dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, en vertu desquelles il a été accusé peuvent s’appliquer à ces actes.

[3] M. Riesberry était un entraîneur accrédité de chevaux Standardbreds. Il a été filmé par une caméra vidéo alors qu’il droguait un cheval, et il a été surpris alors qu’il tentait d’introduire subrepticement dans l’hippodrome des seringues contenant des drogues dans le but de droguer un autre cheval. Dans le

horse race) with the intent to defraud the public wagering money on its outcome (s. 209 of the *Criminal Code*) and with defrauding the public of money wagered on the outcome of a horse race (s. 380(1)). For trying to sneak the drugs into the track, he was charged with attempting to commit the same offences. At trial, he was acquitted. However, the Ontario Court of Appeal allowed the Crown's appeal, set aside the acquittals on all four counts, ordered a new trial on the cheating and attempted cheating counts ("cheating counts") and entered convictions on the fraud and attempted fraud counts ("fraud counts"); 2014 ONCA 744, 122 O.R. (3d) 594.

[4] Mr. Riesberry appeals the fraud convictions as of right and the order for a new trial by leave of the Court. There are four main issues before us, two concern the cheating counts and two the fraud counts.

[5] With respect to the cheating counts, the main questions are (i) whether the trial judge made a legal error in his interpretation of what constitutes a "game"; and (ii) whether there was any evidence that could establish that a horse race is a "game" as defined in s. 197 of the *Criminal Code* for these offences. I agree with the Court of Appeal that the trial judge erred in this respect and that there was evidence that could establish that a horse race is a game as defined for these offences.

[6] The two issues in relation to the fraud convictions are (i) whether the Court of Appeal was wrong to reverse the trial judge's finding that the betting public was not put at risk by his conduct; and (ii) whether, even if the trial judge made that error, the

cas de dopage capté par la caméra, il a été accusé de tricherie au jeu (une course de chevaux) dans le but d'escroquer des membres du public qui pariaient de l'argent sur l'issue de la course (art. 209 du *Code criminel*) et de fraude pour avoir frustré le public de l'argent misé sur l'issue d'une course (par. 380(1)). Pour avoir tenté d'introduire subrepticement des drogues dans l'hippodrome, il a été accusé de tentative de commettre les mêmes infractions. Il a été acquitté au procès. La Cour d'appel de l'Ontario a toutefois accueilli l'appel du ministère public, elle a annulé les acquittements sur tous les quatre chefs d'accusation, elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès à l'égard des accusations de tricherie au jeu et de tentative de tricherie au jeu (les « accusations de tricherie ») et elle a déclaré M. Riesberry coupable des accusations de fraude et de tentative de fraude (les « accusations de fraude ») : 2014 ONCA 744, 122 O.R. (3d) 594.

[4] M. Riesberry se pourvoit de plein droit contre les déclarations de culpabilité pour fraude, et se pourvoit avec l'autorisation de la Cour contre l'ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès. La Cour est appelée à trancher quatre questions; deux concernent les accusations de tricherie et deux portent sur les accusations de fraude.

[5] En ce qui concerne les accusations de tricherie, les principales questions consistent à déterminer (i) si le juge du procès a commis une erreur de droit dans son interprétation de ce qui constitue un « jeu », et (ii) s'il existait des éléments de preuve permettant d'établir qu'une course de chevaux est un « jeu » au sens de l'art. 197 du *Code criminel* dans le cas de ces infractions. Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le juge du procès a commis une erreur à cet égard et qu'il existait des éléments de preuve permettant d'établir qu'une course de chevaux correspond à la définition du mot « jeu » pour ce qui est de ces infractions.

[6] Les deux questions relatives aux déclarations de culpabilité pour fraude sont de savoir (i) si la Cour d'appel a eu tort d'infirmier la conclusion du juge du procès suivant laquelle les agissements de M. Riesberry n'avaient pas exposé les parieurs à un

Court of Appeal was wrong to have entered convictions rather than ordering a new trial. I also agree with the Court of Appeal's disposition of these issues.

II. Analysis

A. *Brief Overview of the Facts*

[7] At trial, the judge found that, before a race, Mr. Riesberry injected a horse, "Everyone's Fantasy", with epinephrine and/or clenbuterol for the purpose of enhancing the horse's performance in the race. The horse participated in the race and finished sixth. The trial judge also found that, on a later occasion, Mr. Riesberry tried to bring a syringe loaded with prohibited drugs onto raceway property at which another horse, "Good Long Life", was to race later that day. Mr. Riesberry was arrested and the horse was scratched from the race. The trial judge found that Mr. Riesberry, as a licensed trainer, was bound by rules barring possession of syringes and use of the drugs in question in order to enhance performance: Ontario Racing Commission, *Rules of Standardbred Racing*, 2008, r. 10.01(a) and (b). The trial judge also found that, in both instances, Mr. Riesberry had breached those rules and attempted to create an unfair advantage for the horses in the race. Nonetheless, the trial judge acquitted on all charges.

[8] It was undisputed on appeal that bets in excess of \$5,000 had been placed on both races and that the trial judge erred in saying otherwise: Court of Appeal reasons, at para. 18.

B. *The Cheating at Play Convictions*

[9] With respect to the cheating while playing a game charges, the trial judge concluded that a horse race is not a game as defined in the *Criminal Code* and therefore the charges were not made out. The

risque, et (ii), même si le juge du procès a commis cette erreur, si la Cour d'appel a eu tort de prononcer ces déclarations de culpabilité plutôt que d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Je souscris également à la façon dont la Cour d'appel a tranché ces questions.

II. Analyse

A. *Bref rappel des faits*

[7] Au procès, le juge a conclu que M. Riesberry avait administré à un cheval, « Everyone's Fantasy », de l'épinéphrine et du clenbutérol ou l'une de ces drogues avant une course afin d'améliorer la performance du cheval lors de cette course. Le cheval a pris part à la course et a terminé sixième. Le juge du procès a également conclu qu'à une occasion subséquente, M. Riesberry avait tenté d'introduire une seringue contenant des drogues interdites dans l'hippodrome où un autre cheval, « Good Long Life », devait courir plus tard ce jour-là. M. Riesberry a été arrêté et le cheval a été retiré de la course. Lors du procès, le juge a conclu que M. Riesberry, en tant qu'entraîneur accrédité, était lié par les règles interdisant la possession de seringues et l'administration des drogues en question en vue d'améliorer la performance : Commission des courses de l'Ontario, *Rules of Standardbred Racing*, 2008, al. 10.01(a) et (b). Le juge du procès a également conclu que, dans les deux cas, M. Riesberry avait enfreint ces règles et tenté de procurer un avantage indu aux chevaux à l'occasion d'une course. Le juge du procès l'a néanmoins acquitté de toutes les accusations.

[8] Nul n'a contesté en appel que les parieurs avaient parié plus de 5 000 \$ sur les deux courses, et que le juge du procès avait erronément dit autre chose sur ce point : motifs de la Cour d'appel, par. 18.

B. *Les déclarations de culpabilité pour tricherie au jeu*

[9] En ce qui concerne les accusations de tricherie au jeu, le juge du procès a conclu qu'une course de chevaux n'était pas un jeu au sens du *Code criminel* et que, par conséquent, les accusations n'avaient

first issue is whether the trial judge erred in law in his legal interpretation of what constitutes a “game” for the purposes of this offence.

[10] The charges against Mr. Riesberry arise under s. 209 of the *Criminal Code* which provides that everyone is guilty of an offence who, “with intent to defraud any person, cheats while playing a game”. “Game” is defined as “a game of chance or mixed chance and skill”: s. 197(1). It follows that the Crown had to establish that a horse race is a game with at least some element of chance. The trial judge relied on the U.S. case of *Harless v. United States*, 1 Morris 169 (Iowa 1843), to conclude that a horse race is a game of pure skill.

[11] It is somewhat unclear to what extent the trial judge relied on this authority as stating the law in Canada. However, to the extent that he did so, he made a legal error. The statute considered by the U.S. court divided games into only two categories, games of chance and games of skill. That case, therefore, did not address a point that must be addressed under the *Criminal Code*. That point is whether horse racing is a game of *mixed* chance and skill. The applicable Canadian law on this point is found in *Ross, Banks and Dyson v. The Queen*, [1968] S.C.R. 786. There must be a “systematic resort to chance” to determine outcomes, not merely the “unpredictables that may occasionally defeat skill”: p. 791.

[12] Even if we were to accept that the trial judge was alive to this difference between the law as set out in *Harless* and Canadian law, he nonetheless erred by failing to consider evidence in the record upon which a trier of fact could find that there was systematic resort to chance which made the race a game of mixed chance and skill. I therefore conclude that the trial judge erred in law on this aspect of the case.

pas été prouvées. La première question est de savoir si le juge du procès a commis une erreur de droit dans son interprétation de ce qui constitue un « jeu » pour ce qui est de cette infraction.

[10] Les accusations portées contre M. Riesberry sont fondées sur l’art. 209 du *Code criminel*, qui prévoit qu’est coupable d’une infraction quiconque « avec l’intention de frauder quelqu’un, triche en pratiquant un jeu ». Le mot « jeu » est défini comme suit : « Jeu de hasard ou jeu où se mêlent le hasard et l’adresse » (par. 197(1)). Le ministère public devait donc établir qu’une course de chevaux est un jeu comportant au moins une part de hasard. Le juge du procès s’est fondé sur une décision américaine, *Harless c. United States*, 1 Morris 169 (Iowa 1843), pour conclure qu’une course de chevaux est un jeu d’adresse pure.

[11] La mesure dans laquelle le juge du procès s’est fondé sur cette décision pour exposer le droit canadien applicable est quelque peu problématique. Toutefois, dans la mesure où il l’a fait, il a commis une erreur de droit. La loi que le tribunal américain était appelé à examiner divisait les jeux en deux catégories seulement : les jeux de hasard et les jeux d’adresse. Cette affaire n’abordait donc pas une question à laquelle le *Code criminel* nous oblige à répondre, soit celle de savoir si une course de chevaux est un jeu où se mêlent le hasard et l’adresse. Les règles de droit canadiennes applicables à cet égard se trouvent dans l’arrêt *Ross, Banks and Dyson c. The Queen*, [1968] R.C.S. 786. Il doit y avoir un [TRADUCTION] « recours systématique au hasard » qui influence l’issue de la course, et non de simples « impondérables qui peuvent occasionnellement faire échec à l’adresse » : p. 791.

[12] Même si nous acceptons que le juge du procès fût conscient de la différence entre le droit tel qu’exposé dans *Harless* et le droit canadien, il a tout de même commis l’erreur de ne pas tenir compte d’une preuve au dossier qui serait susceptible de permettre à un juge des faits de conclure à l’existence d’un recours systématique au hasard qui faisait de la course un jeu où se mêlent le hasard et l’adresse. Je conclus en conséquence que le juge du procès a commis une erreur en droit quant à cet aspect de l’affaire.

[13] The Court of Appeal’s finding of a legal error at trial does not, on its own, justify setting aside the acquittals and ordering a new trial. A new trial may be ordered only if the Crown satisfies the appellate court that the “error (or errors) of the trial judge might reasonably be thought, in the concrete reality of the case at hand, to have had a material bearing on the acquittal”: *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, at para. 14, per Fish J. for the majority. Whether the Crown has satisfied this burden is the second issue. The answer depends in this case on whether there is in the trial record any evidence which could support a finding that horse racing has a sufficient element of chance to be considered a game of mixed chance and skill. Mr. Riesberry claims that there is not while the Crown says that there is.

[14] I agree with the Court of Appeal that the record at trial contains evidence upon which horse racing, in the present circumstances, could be found to involve a systematic resort to chance. There was evidence that post position is determined by a computerized random post position generator and that certain post positions are more advantageous than others: Court of Appeal reasons, at para. 41. It follows that the Court of Appeal was correct to order a new trial on these charges. Of course, whether the evidence actually establishes this will be for the trier of fact at the new trial to determine.

[15] Like the Court of Appeal, I would not address on appeal the Crown’s highly fact-driven alternative position that Mr. Riesberry’s conduct converted what would otherwise be a game of pure skill into one of mixed chance and skill.

[13] La conclusion de la Cour d’appel suivant laquelle le juge du procès a commis une erreur de droit ne justifie pas à elle seule l’annulation des acquittements et la décision d’ordonner la tenue d’un nouveau procès. La tenue d’un nouveau procès ne peut être ordonnée que si le ministère public convainc la cour d’appel « qu’il serait raisonnable de penser, compte tenu des faits concrets de l’affaire, que l’erreur (ou les erreurs) du premier juge ont eu une incidence significative sur le verdict d’acquittallement » : *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, par. 14, le juge Fish au nom des juges majoritaires. La question de savoir si le ministère public s’est acquitté de ce fardeau constitue la seconde question à trancher. La réponse dépend, en l’espèce, de la question de savoir si l’on trouve au dossier du procès des éléments de preuve susceptibles d’appuyer la conclusion que la course de chevaux comporte une part de hasard suffisamment grande pour qu’elle puisse être considérée comme un jeu où se mêlent le hasard et l’adresse. M. Riesberry nie l’existence d’une telle preuve au dossier, tandis que le ministère public affirme qu’elle existe.

[14] Je suis d’accord avec la Cour d’appel pour dire qu’on trouve au dossier du procès des éléments de preuve qui permettraient, dans les circonstances, de conclure que la course de chevaux comporte un recours systématique au hasard. La preuve révélait que lors d’une course, la position de départ des chevaux est déterminée au hasard par un générateur informatisé de positions de départ, et que certaines positions de départ sont plus avantageuses que d’autres : motifs de la Cour d’appel, par. 41. La Cour d’appel a donc eu raison d’ordonner la tenue d’un nouveau procès à l’égard de ces accusations. Certes, il appartiendra au juge des faits qui présidera le nouveau procès de déterminer si la preuve le démontre effectivement.

[15] À l’instar de la Cour d’appel, je suis d’avis de ne pas aborder en appel l’argument subsidiaire du ministère public, qui est largement tributaire des faits, suivant lequel les agissements de M. Riesberry ont transformé ce qui constituerait autrement un jeu d’adresse pure en un jeu où se mêlent le hasard et l’adresse.

[16] To conclude on the cheating counts, the Court of Appeal correctly ordered a new trial on these charges.

C. *The Fraud Charges*

[17] Fraud consists of dishonest conduct that results in at least a risk of deprivation to the victim. The trial judge found that the Crown had failed to prove that the betting public was at risk of deprivation due to Mr. Riesberry's conduct. The trial judge also found that, even if the Crown had proved deprivation, there was no proof of any causal connection between Mr. Riesberry's actions and any risk of loss of the money wagered by the betting public.

[18] The Court of Appeal allowed the Crown's appeal from the acquittals. On the fraud charges, the court identified a number of legal errors such that the acquittals had to be set aside. The court also concluded that if the trial judge had not made these legal errors, he would have convicted Mr. Riesberry of both fraud counts.

[19] Mr. Riesberry submits first that his conduct did not put the betting public at risk of deprivation and that any risk of deprivation was too remote. His second submission is that, even if the trial judge was wrong about this, the Court of Appeal should not have entered convictions on the fraud charges, but ought instead to have ordered a new trial. I will address these points in turn.

- (1) Did Mr. Riesberry's Fraudulent Acts Cause a Risk of Deprivation That Was Not Too Remote?

[20] Like virtually all offences, fraud consists of two main components, the prohibited act (*actus reus*) and the required state of mind (*mens rea*). Mr. Riesberry's submission focuses on one of the two aspects of the *actus reus*. Those two aspects are:

[16] Pour conclure sur les accusations de tricherie, la Cour d'appel a ordonné à bon droit la tenue d'un nouveau procès à l'égard de ces accusations.

C. *Les accusations de fraude*

[17] La fraude consiste en un comportement malhonnête qui crée à tout le moins un risque de privation pour la victime. Le juge du procès a conclu que le ministère public n'avait pas réussi à démontrer que le comportement de M. Riesberry avait créé un risque de privation pour les parieurs. Le juge du procès a également conclu que, même si le ministère public avait prouvé la privation, aucun lien de causalité n'avait été établi entre les actes de M. Riesberry et un quelconque risque que les parieurs perdent leur mise.

[18] La Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public à l'encontre des acquittements. En ce qui concerne les accusations de fraude, la cour a relevé plusieurs erreurs de droit suffisamment graves pour justifier l'annulation des acquittements. La cour a également conclu que, s'il n'avait pas commis les erreurs de droit en question, le juge du procès aurait reconnu M. Riesberry coupable des deux chefs d'accusation de fraude.

[19] M. Riesberry soutient, en premier lieu, que ses agissements n'ont pas exposé les parieurs à un risque de privation et que tout risque de privation était trop éloigné. Il affirme, en second lieu, que même si le juge du procès a eu tort sur ce point, la Cour d'appel n'aurait pas dû le déclarer coupable relativement aux accusations de fraude, mais qu'elle aurait plutôt dû ordonner la tenue d'un nouveau procès. Je vais aborder ces questions à tour de rôle.

- (1) Les actes frauduleux de M. Riesberry ont-ils créé un risque de privation qui n'était pas trop éloigné?

[20] Comme c'est le cas de pratiquement toutes les infractions, la fraude comporte deux éléments principaux, l'acte prohibé (l'*actus reus*) et l'état d'esprit requis (la *mens rea*). L'argumentation de M. Riesberry est axée sur l'un des deux aspects suivants de l'*actus reus* :

1. . . . an act of deceit, a falsehood or some other fraudulent means; and

2. deprivation caused by the prohibited act, which may consist in actual loss or the placing of the victim's pecuniary interests at risk.

(*R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5, at p. 20; *R. v. Zlatic*, [1993] 2 S.C.R. 29, at p. 43)

[21] The issue here concerns the aspect of deprivation. Mr. Riesberry contends that there was no evidence that his fraudulent conduct caused any risk of deprivation or that at least any such risk was too remote from his conduct. He submits that the Crown did not establish that anyone betting on the race had been induced to bet by, or would not have bet but for, his fraudulent conduct.

[22] I cannot accept this position. Contrary to Mr. Riesberry's contention, proof of fraud does not always depend on showing that the alleged victim *relied* on the fraudulent conduct or was *induced* by it to act to his or her detriment. What is required in all cases is proof that there is a sufficient causal connection between the fraudulent act and the victim's risk of deprivation. In some cases, this causal link may be established by showing that the victim of the fraud acted to his or her detriment as a result of relying on or being induced to act by the accused's fraudulent conduct. But this is not the only way the causal link may be established.

[23] We should first be clear about what Mr. Riesberry's fraudulent conduct was before turning to the question of whether it caused a risk of deprivation. Fraudulent conduct for the purposes of a fraud prosecution is not limited to deception, such as deception by misrepresentations of fact. Rather, fraud requires proof of "deceit, falsehood or other fraudulent means": s. 380(1). The term "other fraudulent means" encompasses "all other means which can properly be stigmatized as dishonest": *R. v. Olan*, [1978] 2 S.C.R. 1175, at p. 1180. The House of Lords

1. . . . une supercherie, [. . .] un mensonge ou [. . .] un autre moyen dolosif, et

2. [une] privation causée par l'acte prohibé, qui peut consister en une perte véritable ou dans le fait de mettre en péril les intérêts pécuniaires de la victime.

(*R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5, p. 20; *R. c. Zlatic*, [1993] 2 R.C.S. 29, p. 43)

[21] Le débat en l'espèce porte sur l'aspect relatif à la privation. M. Riesberry soutient qu'il n'y avait aucune preuve que sa conduite frauduleuse ait créé quelque risque de privation que ce soit ou, au demeurant, que le lien entre ce risque et ses actes est trop indirect. Il soutient que le ministère public n'a pas démontré que les personnes qui ont parié lors de cette course ont été incitées à parier en raison de sa conduite frauduleuse ou qu'elles n'auraient pas parié n'eut été sa conduite frauduleuse.

[22] Je ne puis accepter cet argument. Contrairement à ce que prétend M. Riesberry, il n'est pas toujours nécessaire, pour prouver la fraude, de démontrer que la présumée victime *s'est fondée* sur la conduite frauduleuse ou qu'elle a *été incitée* en raison de celle-ci à agir à son détriment. Il faut, dans tous les cas, démontrer l'existence d'un lien de causalité suffisant entre l'acte frauduleux et le risque de privation de la victime. Dans certains cas, ce lien de causalité peut être établi en démontrant que la victime de la fraude a agi à son détriment parce qu'elle s'est fiée au comportement frauduleux de l'accusé ou que ce comportement l'a incitée à agir. Mais ce n'est pas la seule façon d'établir le lien de causalité.

[23] Il convient tout d'abord de bien préciser en quoi consistait le comportement frauduleux de M. Riesberry avant de passer à la question de savoir si ce comportement a créé un risque de privation. Pour les besoins d'une poursuite pour fraude, le comportement frauduleux ne se limite pas à la tromperie, par exemple par de fausses indications sur des faits. La fraude exige plutôt la preuve d'une « supercherie, [d'un] mensonge ou [d'un] autre moyen dolosif » : par. 380(1). L'expression « autre moyen dolosif » englobe « tous les autres moyens qu'on

made the same point in *Scott v. Metropolitan Police Commissioner*, [1975] A.C. 819, a case approved by the Court in *Olan* (p. 1181). Fraud, according to Viscount Dilhorne in *Scott*, may consist of depriving “a person dishonestly of something which is his or of something to which he is or would or might but for the perpetration of the fraud be entitled”: p. 839. And as Lord Diplock said, the fraudulent means “need not involve fraudulent misrepresentation such as is needed to constitute the civil tort of deceit”: *ibid.*, at p. 841.

[24] It follows that where the alleged fraudulent act is not in the nature of deceit or falsehood, such as a misrepresentation of fact, the causal link between the dishonest conduct and the deprivation may not depend on showing that the victim relied on or was induced to act by the fraudulent act. This is such a case.

[25] Mr. Riesberry injected and attempted to inject the racehorses with performance-enhancing substances. The use of such drugs is prohibited and trainers such as Mr. Riesberry are prohibited even from possessing loaded syringes at a racetrack. This conduct constituted “other fraudulent means” because in the highly regulated setting in which he acted, that conduct can “properly be stigmatized as dishonest”: *Olan*, at p. 1180. He carried out these dishonest acts for the purpose of affecting the outcome of two horse races on which members of the public placed bets. His dishonest acts, therefore, were intended to and in one case actually did result in the possibility that a horse that might otherwise have won would not. The conduct therefore caused a risk of deprivation to the betting public: it created the risk of betting on a horse that, but for Mr. Riesberry’s dishonest acts, might have won and led to a payout to the persons betting on that horse. To return to Viscount Dilhorne’s words in *Scott*, Mr. Riesberry’s dishonest conduct created a risk that

peut proprement qualifier de malhonnêtes » : *R. c. Olan*, [1978] 2 R.C.S. 1175, p. 1180. La Chambre des lords avait posé ce principe dans l’arrêt *Scott c. Metropolitan Police Commissioner*, [1975] A.C. 819, une décision que notre Cour a reprise à son compte dans l’arrêt *Olan* (p. 1181). Selon le vicomte Dilhorne dans l’arrêt *Scott*, la fraude peut consister à priver [TRADUCTION] « malhonnêtement une personne de quelque chose qui lui appartient ou de quelque chose à laquelle elle a, aurait ou pourrait avoir droit, n’eût été la perpétration de la fraude » : p. 839. Et comme l’a dit lord Diplock au sujet des moyens dolosifs, « il n’est pas nécessaire qu’il y ait des déclarations mensongères comme c’est le cas pour le dol au civil » : *ibid.*, p. 841.

[24] Il s’ensuit que lorsque l’acte que l’on dit frauduleux ne s’apparente pas à la supercherie ou au mensonge, comme dans le cas d’une fausse indication sur les faits, la démonstration de l’existence du lien de causalité entre le comportement malhonnête et la privation ne dépend pas nécessairement de la preuve que la victime s’est fondée sur l’acte frauduleux ou que cet acte frauduleux l’a incitée à agir. C’est le cas en l’espèce.

[25] M. Riesberry a administré et a tenté d’administrer aux chevaux de course des substances améliorant leur performance. L’usage de ces drogues est interdit, et il est même interdit aux entraîneurs comme M. Riesberry d’avoir en leur possession dans un hippodrome des seringues pleines. Ce comportement constituait un « autre moyen dolosif » parce que, dans le milieu très réglementé dans lequel il exerçait ses activités, M. Riesberry a adopté un comportement qu’on peut « proprement qualifier de malhonnêt[e] » : *Olan*, p. 1180. M. Riesberry a accompli ces actes malhonnêtes dans le but d’infléchir l’issue de deux courses de chevaux sur lesquelles des membres du public avaient parié. Ses actes malhonnêtes visaient donc à se traduire par la possibilité qu’un cheval qui aurait autrement pu gagner ne gagne pas, et ils ont effectivement eu ce résultat dans un cas. Son comportement a par conséquent créé un risque de privation pour les parieurs; il a créé le risque de parier sur un cheval qui, n’eussent été les agissements malhonnêtes de

bettors would be deprived dishonestly of something which, but for the dishonest act, they might have obtained.

[26] There is a direct causal relationship between Mr. Riesberry's dishonest acts and the risk of financial deprivation to the betting public. Simply put, a rigged race creates a risk of prejudice to the economic interests of bettors. Provided that a causal link exists, the absence of inducement or reliance is irrelevant. I agree with the Court of Appeal that Mr. Riesberry's reliance on *Vézina and Côté v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2, is misplaced. That case made it clear that

[f]raud consists of being dishonest for the purpose of obtaining an advantage and which results in prejudice or a risk of prejudice to someone's "property, money or valuable security". There is no need to target a victim . . . and the victim may not be ascertained. [p. 19]

[27] This statement covers what Mr. Riesberry did.

[28] I conclude that the trial judge erred in law by finding that the betting public was not put at risk of deprivation by Mr. Riesberry's dishonest acts and that any risk of deprivation was too remote.

(2) Was the Court of Appeal Wrong to Enter Convictions Rather Than Order a New Trial?

[29] Mr. Riesberry submits that the Court of Appeal erred by entering convictions because the trial judge had not made all of the necessary findings of fact to support those convictions: see *R. v. Cassidy*, [1989] 2 S.C.R. 345, at pp. 354-55. These submissions focus on what Mr. Riesberry contends is the absence of the necessary findings of fact in relation to the mental element or *mens rea* of fraud.

M. Riesberry, aurait pu gagner, ce qui aurait permis aux personnes ayant parié sur ce cheval de remporter de l'argent. Rappelant les propos formulés par le vicomte Dilhorne dans l'arrêt *Scott*, les agissements malhonnêtes de M. Riesberry ont créé le risque que les parieurs soient malhonnêtement privés de ce qu'ils auraient pu obtenir, n'eût été l'acte malhonnête.

[26] Il existe un lien de causalité direct entre les actes malhonnêtes de M. Riesberry et le risque de privation financière des parieurs. En clair, une course truquée crée un risque de préjudice pour les intérêts économiques des parieurs. Dès lors qu'il existe un lien de causalité, l'absence d'incitation ou de confiance est sans importance. Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que c'est à tort que M. Riesberry invoque l'arrêt *Vézina et Côté c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2. Comme cet arrêt le précise,

[l]a fraude consiste à être malhonnête pour obtenir un avantage, entraînant un préjudice ou risque de préjudice au « bien, argent ou valeur » de quelqu'un. Il n'est pas nécessaire de viser une victime [. . .] et la victime peut ne pas être certaine. [p. 19]

[27] Ces propos reflètent les agissements de M. Riesberry.

[28] Je conclus que le juge du procès a commis une erreur de droit en concluant que les parieurs ne risquaient pas de subir une privation en raison des actes malhonnêtes de M. Riesberry et que tout risque de privation était trop éloigné.

(2) La Cour d'appel a-t-elle eu tort de prononcer des déclarations de culpabilité plutôt que d'ordonner la tenue d'un nouveau procès?

[29] M. Riesberry plaide que la Cour d'appel a commis une erreur en le déclarant coupable parce que le juge du procès n'avait pas tiré toutes les conclusions de fait nécessaires pour justifier ces déclarations de culpabilité : voir *R. c. Cassidy*, [1989] 2 R.C.S. 345, p. 354-355. Ces arguments mettent l'accent sur ce qui, selon M. Riesberry, correspond à l'absence de conclusions de fait nécessaires en ce qui concerne l'élément moral ou la *mens rea* de la fraude.

[30] The mental element of fraud consists of two states of mind:

1. subjective knowledge of the prohibited act; and
2. subjective knowledge that the prohibited act could have as a consequence the deprivation of another (which deprivation may consist in knowledge that the victim's pecuniary interests are put at risk).

(*Théroux*, at p. 20; *Zlatic*, at p. 43)

[31] Mr. Riesberry's position is that the trial judge, having dismissed the fraud charges on the basis of no proof of the *actus reus*, did not go on to make findings in relation to these two aspects of the required *mens rea*. However, I agree with the Court of Appeal that the trial judge in fact did make the necessary findings.

[32] There can be no doubt that the trial judge found that Mr. Riesberry knew that his acts were dishonest, which is the first aspect of the *mens rea*. The trial judge found that his conduct was for the purpose of enhancing his horses' performances, not for any legitimate medical purpose. As for the second aspect, the trial judge held, in his analysis of the same record in the context of the cheating while playing a game charges, that Mr. Riesberry's conduct amounted to cheating. In other words, he intended to create an unfair advantage for his horses in their races. This is a finding of fact that Mr. Riesberry knew that his dishonest conduct put bettors at risk of deprivation. That, after all, is what cheating is.

(3) Conclusion

[33] In my view, Mr. Riesberry's submissions in relation to the fraud charges cannot be accepted.

[30] L'élément moral de la fraude exige deux états d'esprit :

1. . . . la connaissance subjective de l'acte prohibé, et
2. . . . la connaissance subjective que l'acte prohibé pourrait causer une privation à autrui (laquelle privation peut consister en la connaissance que les intérêts pécuniaires de la victime sont mis en péril).

(*Théroux*, p. 20; *Zlatic*, p. 43)

[31] M. Riesberry soutient qu'après avoir rejeté les accusations de fraude pour cause d'absence de preuve de l'*actus reus*, le juge du procès n'a pas tiré de conclusion en ce qui concerne ces deux aspects de la *mens rea* exigée. Je suis toutefois d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le juge du procès a effectivement tiré les conclusions nécessaires.

[32] Il est indéniable que le juge du procès a conclu que M. Riesberry savait que les actes qu'il commettait étaient malhonnêtes, ce qui correspond au premier aspect de la *mens rea*. Le juge du procès a conclu que le comportement de M. Riesberry visait à améliorer la performance de ses chevaux et non à poursuivre un objectif médical légitime. Quant au second aspect, le juge du procès a conclu, dans son analyse du même dossier, dans le contexte des accusations de tricherie au jeu, que la conduite de M. Riesberry constituait effectivement de la tricherie. En d'autres termes, il voulait procurer un avantage indu à ses chevaux à l'occasion d'une course. Il s'agit d'une conclusion de fait suivant laquelle M. Riesberry savait que sa conduite malhonnête exposait les parieurs à un risque de privation, ce qui, après tout, correspond à la définition de la tricherie.

(3) Conclusion

[33] À mon avis, les arguments invoqués par M. Riesberry en ce qui concerne les accusations de fraude ne peuvent être retenus.

III. Disposition

[34] As announced at the conclusion of the hearing of the appeal, the appeal is dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Lafontaine & Associates, Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Ontario, Toronto.

III. Dispositif

[34] Comme la Cour l'a fait savoir à la clôture de l'audience, le pourvoi est rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Lafontaine & Associates, Toronto.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

1. Boards and tribunals — Appeals — Standing — Whether Ontario Energy Board acted improperly in pursuing appeal and in arguing in favour of reasonableness of its own decision — Whether Board attempted to use appeal to “bootstrap” its original decision by making additional arguments on appeal.

ONTARIO (ENERGY BOARD) V. ONTARIO POWER GENERATION INC., 147.

2. Judicial review — Superintendent of Motor Vehicles — Automatic roadside driving prohibition regulatory regime — Peace officer issued Notice to driver imposing immediate driving prohibition after roadside breath sample obtained — Driver applied to Superintendent for review of driving prohibition — Whether peace officer entitled to rely on results of approved screening device used to collect breath samples to impose driving prohibition or whether other confirmatory evidence required — Whether Superintendent’s interpretation of statutory provision imposing immediate driving prohibition was reasonable — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318, ss. 215.41(3.1), 215.5.

WILSON V. BRITISH COLUMBIA (SUPERINTENDENT OF MOTOR VEHICLES), 300.

3. Judicial review — Standard of review — Copyright Board — Appropriate standard of review — Whether specific standard of review should be ascribed to each issue arising in decision under review.

CANADIAN BROADCASTING CORP. V. SODRAC 2003 INC., 615.

CIVIL PROCEDURE

Class actions — Preferable procedure — Plaintiffs in three class proceedings claiming damages under common law tort of negligent misrepresentation and under statutory cause of action for secondary market misrepresentation —

CIVIL PROCEDURE — (Concluded)

Whether Court of Appeal erred in holding that five of seven common issues relating to common law misrepresentation claim should be certified.

CANADIAN IMPERIAL BANK OF COMMERCE V. GREEN, 801.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Income tax — Penalty for misrepresentation — Individual assessed for penalties under s. 163.2 of Income Tax Act, which imposes monetary penalties on every person who makes false statement that could be used by another person for purpose of Act — Whether proceeding under s. 163.2 is criminal in nature or leads to imposition of true penal consequences — Whether individual assessed for penalties is person “charged with an offence” within meaning of s. 11 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 163.2.

GUINDON V. CANADA, 3.

2. Courts — Procedure — Notice of constitutional question given to attorneys general in this Court but not in courts below — Whether this Court should exercise its discretion to address merits of constitutional issue — Tax Court of Canada Act, R.S.C. 1985, c. T-2, s. 19.2.

GUINDON V. CANADA, 3.

3. Charter of Rights — Presumption of innocence — Search and seizure — Impaired driving — Provincial legislation creating automatic licence suspensions, penalties and remedial programs following roadside analysis using approved screening device — Whether automatic roadside prohibition regime creates an offence within meaning of s. 11 of Charter and infringes the presumption of innocence — Whether automatic roadside prohibition scheme infringes right to be secure against unreasonable search or seizure — If

CONSTITUTIONAL LAW — (Continued)

so, whether infringement can be justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8, 11(d) — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318.

GOODWIN V. BRITISH COLUMBIA (SUPERINTENDENT OF MOTOR VEHICLES), 250.

4. Division of powers — Criminal law — Property and civil rights — Highways — Impaired driving — Provincial legislation creating automatic licence suspensions, penalties and remedial programs following roadside analysis using approved screening device — Whether automatic roadside prohibition scheme ultra vires the province as being exclusively within federal government's criminal law power — Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(13) — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318.

GOODWIN V. BRITISH COLUMBIA (SUPERINTENDENT OF MOTOR VEHICLES), 250.

5. Division of powers — Federal paramountcy — Bankruptcy and insolvency — Property and civil rights — Judgment debt owed to province constituted claim provable in debtor's bankruptcy — Debtor obtained absolute discharge in bankruptcy — Federal legislation governing bankruptcy providing for debtor's release from all claims provable in bankruptcy upon discharge — Whether provincial legislation providing for continuing suspension of debtor's driver's licence and motor vehicle permits until payment of judgment debt constitutionally inoperative by reason of doctrine of federal paramountcy — Test for determining whether operational conflict exists — Whether federal and provincial legislation can operate side by side without conflict — Whether operation of provincial law frustrates purpose of federal law — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 178(2) — Traffic Safety Act, R.S.A. 2000, c. T-6, s. 102.

ALBERTA (ATTORNEY GENERAL) V. MOLONEY, 327.

6. Division of powers — Federal paramountcy — Bankruptcy and insolvency — Property and civil rights — Highway toll debt owed to creditor constituted claim provable in debtor's bankruptcy — Debtor obtained absolute discharge in bankruptcy — Federal legislation governing bankruptcy providing for debtor's release from all claims provable in bankruptcy upon discharge — Whether provincial legislation providing for continuing suspension of debtor's driver's permit until payment of toll debt constitutionally inoperative by reason of doctrine of federal paramountcy — Test for determining whether operational conflict exists — Whether federal and provincial legislation can operate side by side without conflict — Whether operation of provincial law frustrates

CONSTITUTIONAL LAW — (Continued)

purpose of federal law — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 178(2) — Highway 407 Act, 1998, S.O. 1998, c. 28, s. 22(1), (4).

407 ETR CONCESSION CO. V. CANADA (SUPERINTENDENT OF BANKRUPTCY), 397.

7. Cooperative federalism — Division of powers — Bankruptcy and insolvency — Property and Civil Rights — Receiver — Federal paramountcy — Federal legislation authorizes court, upon application of secured creditor, to appoint receiver with power to act nationally — Provincial legislation imposes other procedural and substantive requirements before commencing an action with respect to farm land — Whether provincial legislation constitutionally inoperative when application made to appoint national receiver under federal legislation, by reason of doctrine of federal paramountcy — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 243 — The Saskatchewan Farm Security Act, S.S. 1988-89, c. S-17.1, ss. 9 to 22.

SASKATCHEWAN (ATTORNEY GENERAL) V. LEMARE LAKE LOGGING LTD., 419.

8. Charter of Rights — Fundamental justice — Overbreadth — Armed forces — Military offences — National Defence Act permitting federal offences to be prosecuted within military justice system in relation to everyone subject to Code of Service Discipline regardless of circumstances in which offences were committed — Whether provisions of National Defence Act at issue broader than necessary to achieve their purpose in violation of s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 130(1)(a), 117(f).

R. V. MORIARITY, 485.

9. Language rights — Alberta laws and regulations — Alberta Languages Act provides provincial laws and regulations be enacted, printed and published in English only — Whether Languages Act is ultra vires or inoperative insofar as it abrogates constitutional duty owed by Alberta to enact, print and publish its laws and regulations in both English and French — Meaning of "legal rights" in 1867 Address to Queen concerning Rupert's Land and North Western Territory — Languages Act, R.S.A. 2000, c. L 6 — Rupert's Land and North Western Territory Order (1870) (U.K.) (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 9), Schs. A, B.

CARON V. ALBERTA, 511.

CONSTITUTIONAL LAW — (Concluded)

10. Charter of Rights — Right to liberty — Fundamental justice — Overbreadth — People smuggling — Migrants seeking refugee status in Canada charged with offence of organizing, inducing, aiding or abetting persons coming into Canada without valid documentation — Trial judge finding that offence provision overbroad and therefore unconstitutional because it criminalizes not only organized people smuggling, but helping close family members to come to Canada and humanitarian assistance to refugees — Whether offence provision infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — If no, what is appropriate remedy for constitutional infirmity — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 117.

R. v. APPULONAPPA, 754.

CRIMINAL LAW

1. Sexual assault — Evidence — Court of Appeal correct in finding that trial judge's verdict reasonable and supported by evidence.

R. v. M.J.B., 321.

2. Jurors — Deliberations — Accused convicted of second degree murder and attempted murder — Majority of Court of Appeal erred in concluding that trial judge's failure to clarify intent question raised by jury did not result in error — Verdicts set aside and new trial ordered.

R. v. NEVILLE, 323.

3. Evidence — Assessment — Accused convicted of importation and possession for purpose of trafficking of controlled drug — Trial judge erred in mischaracterizing accused's defence and in assessing accused's evidence and credibility — Errors deprived accused of fair trial and caused miscarriage of justice.

R. v. RIAR, 325.

4. Dangerous operation of motor vehicle — Elements of offence — Mens rea — Trial judge ordering acquittal of accused on two counts of dangerous driving causing death on grounds that mens rea element of offence had not been proven beyond reasonable doubt — Trial judge did not properly consider accused's conduct in light of all relevant

CRIMINAL LAW — (Concluded)

evidence in order to determine whether it was marked departure from requisite standard of care.

R. v. HECIMOVIC, 483.

5. Trial — Charge to jury — Accused convicted of second degree murder — Meaning of manslaughter not explained to jury — Court of Appeal finding errors in trial judge's instructions and ordering new trial — Court of Appeal correct in applying curative proviso — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. MCKENNA, 1087.

6. Sentencing — Appeals — Powers of Court of Appeal — Court of Appeal reducing sentence of imprisonment from six and a half to four years — Whether Court of Appeal erred in substituting sentence it considered appropriate for one imposed by trial judge, primarily on basis that trial judge had deviated from sentencing range established by courts for impaired driving offences — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 687.

R. v. LACASSE, 1089.

7. Sentencing — Considerations — Impaired driving causing death — Whether it was open to trial judge to consider frequency of impaired driving in region where offence was committed as relevant sentencing factor — Whether length and other terms of driving prohibition imposed by trial judge were appropriate — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 259(2)(a.1), 718 to 718.2.

R. v. LACASSE, 1089.

8. Offences — Elements of offence — Cheating at play — Fraud — Accused attempted to rig horse races by drug-ging horses — Whether horse race constituted a game for purposes of offence of cheating at play — Whether accused's conduct constituted cheating at play or fraud — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 197(1) "game", 209, 380(1).

R. v. RIESBERRY, 1167.

EXTRADITION

1. Committal hearings — Evidence — Role of extradition judge — Test for committal — Principle of double criminality — Mother of three children facing child abduction

EXTRADITION — (Concluded)

charges in U.S. — Whether extradition judge applied correct principles in relation to double criminality and to own role in assessing reliability and sufficiency of evidence — Whether extradition judge should consider evidence about possible defences and other exculpatory circumstances in deciding whether to commit for extradition — Whether evidence justified mother's committal — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, ss. 3(1), 29(1)(a).

M.M. v. UNITED STATES OF AMERICA, 973.

2. Surrender order — Judicial review — Extradition Act providing that Minister of Justice shall refuse to order surrender if unjust or oppressive having regard to all relevant circumstances — Minister ordering mother's surrender for extradition to U.S. to face child abduction charges — Whether Minister gave appropriate consideration to defence of necessity available under Canadian law but not available under law of requesting state — Whether Minister gave appropriate consideration to effect of extradition on best interests of children — Whether Minister's decision to surrender was reasonable — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, s. 44(1)(a).

M.M. v. UNITED STATES OF AMERICA, 973.

IMMIGRATION

1. Inadmissibility and removal — Organized criminality — People smuggling — Migrants aided illegal entry of asylum-seekers to Canada in course of collective flight to safety — Migrants seeking refugee status in Canada but found inadmissible based on grounds of organized criminal people smuggling — What conduct makes a person inadmissible to apply for refugee status for having engaged in people smuggling? — Whether people smuggling engaged in, in context of transnational crime, confined to activities conducted, directly or indirectly, for financial or other material benefit — What limits may be inferred from provision rendering persons inadmissible on grounds of organized criminality? — What is effect of requirement that people smuggling be in context of transnational crime? — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 37(1)(b).

B010 v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 704.

2. Offences — People smuggling — Migrants seeking refugee status in Canada charged with offence of organizing,

IMMIGRATION — (Concluded)

inducing, aiding or abetting persons coming into Canada without valid documentation — Whether offence provision unconstitutional — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 117.

R. v. APPULONAPPA, 754.

3. Judicial review — Refugee claim — Humanitarian and compassionate considerations — Best interests of child — 17-year-old refugee claimant from Sri Lanka seeking humanitarian and compassionate exemption to apply for permanent residence from within Canada — Whether decision to deny relief was reasonable exercise of humanitarian and compassionate discretion — Proper role of Ministerial Guidelines used by immigration officers in determining whether humanitarian and compassionate considerations warrant relief — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 25(1).

KANTHASAMY v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 909.

INTELLECTUAL PROPERTY

1. Copyright — Interim licences — Collective societies — Board decision setting terms and conditions of licence released after expiry of licence period — Board setting interim licence based on status quo — 2008-2012 licence selected as status quo — Whether Board erred in setting terms of interim licence — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 66.51.

CANADIAN BROADCASTING CORP. v. SODRAC 2003 INC., 615.

2. Copyright — Licences — Collective societies — SODRAC administering reproduction rights as collective society — Application by SODRAC to set terms and conditions of licence for reproduction by CBC of musical works in SODRAC's repertoire from 2008 to 2012 — CBC making ephemeral synchronization copies, including musical works, as producer and ephemeral broadcast incidental copies, including musical works, as broadcaster — Synchronization copies made during production subject to licence — Whether broadcast incidental copies engage reproduction right — If so, whether licence for broadcast incidental copies should be implied in synchronization licences — If reproduction licence required for broadcast incidental copies, whether

INTELLECTUAL PROPERTY — (Concluded)

Board erred in valuation of licence — Whether Board applied principles of technological neutrality and balance properly — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 3(1)(d).

CANADIAN BROADCASTING CORP. v. SODRAC 2003 INC., 615.

LIENS

Trusts — Relationship between lien and trust provisions in provincial legislation — By filing lien bond in court in order to vacate builder's lien, has contractor satisfied its trust obligations with respect to subcontractors who have registered liens against land upon which construction work was being done? — The Builders' Liens Act, C.C.S.M., c. B91, ss. 4(1), (3), 55(2), 66.

STUART OLSON DOMINION CONSTRUCTION LTD. v. STRUCTAL HEAVY STEEL, 127.

PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Foreign judgments — Recognition — Enforcement — Foreign judgment creditor sought recognition and enforcement of foreign judgment in Ontario against U.S. foreign judgment debtor's and Canadian seventh level indirect subsidiary — Foreign judgment debtor served ex juris at U.S. head office — Subsidiary served in juris at place of business in Ontario — Whether a real and substantial connection must exist between defendant or dispute and Ontario for jurisdiction to be established — Whether Ontario courts have jurisdiction over foreign judgment debtor's subsidiary when subsidiary is a third party to the judgment for which recognition and enforcement is sought.

CHEVRON CORP. v. YAIGUAJE, 69.

PUBLIC UTILITIES

1. Electricity — Rate setting decision by utilities regulator — Utility seeking to recover incurred or committed compensation costs in utility rates set by Ontario Energy

PUBLIC UTILITIES — (Concluded)

Board — Whether Board bound to apply particular prudence test in evaluating utility costs — Whether Board's decision to disallow \$145 million in labour compensation costs related to utility's nuclear operations reasonable — Ontario Energy Board Act, 1998, S.O. 1998, c. 15, Sch. B, s. 78.1(5), (6).

ONTARIO (ENERGY BOARD) v. ONTARIO POWER GENERATION INC., 147.

2. Gas — Electricity — Rate setting decision by utilities regulator — Utilities seeking to recover pension costs in utility rates set by Alberta Utilities Commission — Whether regulatory framework prescribes certain methodology in assessing whether costs are prudent — Whether Commission's interpretation and exercise of its rate setting authority was reasonable — Electric Utilities Act, S.A. 2003, c. E 5.1, ss. 102, 121, 122 — Gas Utilities Act, R.S.A. 2000, c. G 5, s. 36.

ATCO GAS AND PIPELINES LTD. v. ALBERTA (UTILITIES COMMISSION), 219.

SECURITIES

Class actions — Limitation of actions — Statutory action for secondary market misrepresentation — Suspension of limitation period — Plaintiffs in three class proceedings claiming damages under common law tort of negligent misrepresentation and under statutory cause of action for secondary market misrepresentation in s. 138.3 of Securities Act — Leave required to commence statutory action under s. 138.8 of Securities Act — Limitation period for statutory action expiring prior to leave being granted — Whether s. 28 of Class Proceedings Act, 1992, operates to suspend limitation period applicable to statutory action before leave to commence statutory action is granted — Whether statutory action time barred — If yes, whether statutory action can be saved by order granting leave nunc pro tunc or doctrine of special circumstances — Whether threshold of reasonable possibility of success applies for leave to commence statutory action under s. 138.3 of Securities Act — Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6, s. 28 — Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5, ss. 138.3, 138.8, 138.14.

CANADIAN IMPERIAL BANK OF COMMERCE v. GREEN, 801.

INDEX

DROIT ADMINISTRATIF

1. Organismes et tribunaux administratifs — Appels — Qualité pour agir — La Commission de l'énergie de l'Ontario a-t-elle agi de manière inappropriée en se pourvoyant en appel et en faisant valoir le caractère raisonnable de sa propre décision? — A-t-elle tenté de se servir de l'appel pour « s'auto-justifier » en formulant de nouveaux arguments à l'appui de sa décision initiale?

ONTARIO (COMMISSION DE L'ÉNERGIE) C. ONTARIO POWER GENERATION INC., 147.

2. Contrôle judiciaire — Surintendant des véhicules automobiles — Régime réglementaire d'interdiction automatique de conduire — Signification par un agent de la paix d'une interdiction immédiate de conduire après l'obtention d'un échantillon d'haleine lors d'un contrôle routier — Demande de réexamen de l'interdiction de conduire présentée par le conducteur au Surintendant — L'agent de la paix pouvait-il se fonder sur les résultats d'un appareil de détection approuvé utilisé pour prélever des échantillons d'haleine afin de signifier une interdiction de conduire ou faut-il d'autres éléments de preuve confirmant l'affaiblissement de la capacité de conduire? — L'interprétation qu'a faite le Surintendant de la disposition législative imposant l'interdiction immédiate de conduire était-elle raisonnable? — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318, art. 215.41(3.1), 215.5.

WILSON C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (SUPERINTENDENT OF MOTOR VEHICLES), 300.

3. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Commission du droit d'auteur — Norme de contrôle applicable — Une norme de contrôle donnée doit-elle être assignée à chaque question que soulève la décision faisant l'objet du contrôle?

SOCIÉTÉ RADIO-CANADA C. SODRAC 2003 INC., 615.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Impôt sur le revenu — Pénalité pour faux énoncé — Cotisation établie à l'égard d'un particulier suivant l'art. 163.2 de la Loi de l'impôt sur le revenu,

DROIT CONSTITUTIONNEL — (Suite)

lequel rend passible d'une sanction pécuniaire toute personne qui fait un faux énoncé qu'un tiers pourrait utiliser dans le cadre de l'application de la Loi — La procédure qui découle de cet article est-elle de nature criminelle ou entraîne-t-elle de véritables conséquences pénales? — La personne qui se voit infliger une pénalité est-elle « inculpée » au sens de l'art. 11 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.), art. 163.2.

GUINDON C. CANADA, 3.

2. Tribunaux — Procédure — Avis de question constitutionnelle donné aux procureurs généraux dans l'instance devant la Cour, mais non dans les instances précédentes — Y a-t-il lieu que la Cour exerce le pouvoir discrétionnaire qui lui permet de connaître de la question constitutionnelle sur le fond? — Loi sur la Cour canadienne de l'impôt, L.R.C. 1985, c. T-2, art. 19.2.

GUINDON C. CANADA, 3.

3. Charte des droits — Présomption d'innocence — Fouilles, perquisitions et saisies — Conduite avec facultés affaiblies — Loi provinciale prévoyant des suspensions automatiques du permis de conduire, des sanctions et des programmes correctifs à la suite d'une analyse faite lors d'un contrôle routier à l'aide d'un appareil de détection approuvé — Le régime d'interdiction automatique de conduire crée-t-il une infraction visée par l'art. 11 de la Charte et porte-t-il atteinte à la présomption d'innocence? — Le régime d'interdiction automatique de conduire porte-t-il atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8, 11d) — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318.

GOODWIN C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (SUPERINTENDENT OF MOTOR VEHICLES), 250.

4. Partage des compétences — Droit criminel — Propriété et droits civils — Voies publiques — Conduite avec facultés affaiblies — Loi provinciale prévoyant des suspensions automatiques du permis de conduire, des sanctions et des programmes correctifs à la suite d'une analyse faite lors d'un contrôle routier à l'aide d'un appareil de détection approuvé — Le régime d'interdiction automatique de conduire

DROIT CONSTITUTIONNEL — (Suite)

outrepasse-t-il la compétence de la province parce qu'il relève exclusivement de la compétence du gouvernement fédéral en matière de droit criminel? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(13) — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318.

GOODWIN C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (SUPERINTENDENT OF MOTOR VEHICLES), 250.

5. Partage des compétences — Prépondérance fédérale — Faillite et insolvabilité — Propriété et droits civils — Dette constatée par jugement envers la province constituant une réclamation prouvable lors de la faillite du débiteur — Libération absolue de faillite accordée au débiteur — Loi fédérale sur la faillite prévoyant que le débiteur est libéré de toutes réclamations prouvables en matière de faillite à sa libération — La loi provinciale prévoyant le maintien de la suspension du permis de conduire du débiteur et de ses certificats d'immatriculation jusqu'à ce qu'il acquitte la dette constatée par jugement est-elle inopérante du point de vue constitutionnel en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale? — Analyse permettant de décider s'il existe un conflit d'application — La loi fédérale et la loi provinciale peuvent-elles coexister sans conflit? — L'application de la loi provinciale entrave-t-elle la réalisation de l'objet de la loi fédérale? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 178(2) — Traffic Safety Act, R.S.A. 2000, c. T-6, art. 102.

ALBERTA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. MOLONEY, 327.

6. Partage des compétences — Prépondérance fédérale — Faillite et insolvabilité — Propriété et droits civils — Dette de péage routier envers un créancier constituant une réclamation prouvable lors de la faillite du débiteur — Libération absolue de faillite accordée au débiteur — Loi fédérale sur la faillite prévoyant qu'à sa libération, le débiteur est libéré de toutes réclamations prouvables en matière de faillite — La loi provinciale prévoyant le maintien de la suspension du permis de conduire du débiteur jusqu'à ce qu'il acquitte la dette de péage est-elle inopérante du point de vue constitutionnel en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale? — Analyse permettant de déterminer s'il existe un conflit d'application — La loi fédérale et la loi provinciale peuvent-elles coexister sans conflit? — L'application de la loi provinciale entrave-t-elle la réalisation de l'objet de la loi fédérale? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 178(2) — Loi de 1998 sur l'autoroute 407, L.O. 1998, c. 28, art. 22(1), (4).

407 ETR CONCESSION CO. C. CANADA (SURINTENDANT DES FAILLITES), 397.

DROIT CONSTITUTIONNEL — (Suite)

7. Fédéralisme coopératif — Partage des compétences — Faillite et insolvabilité — Propriété et droits civils — Séquestre — Prépondérance fédérale — Loi fédérale autorisant le tribunal à nommer, à la demande d'un créancier garanti, un séquestre capable d'agir partout au Canada — Loi provinciale imposant d'autres exigences de fond et de procédure avant qu'une action à l'égard d'une terre agricole soit intentée — Lorsque la nomination d'un séquestre national est demandée en vertu de la loi fédérale, la loi provinciale est-elle constitutionnellement inopérante en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 243 — The Saskatchewan Farm Security Act, S.S. 1988-89, c. S-17.1, art. 9 à 22.

SASKATCHEWAN (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. LEMARE LAKE LOGGING LTD., 419.

8. Charte des droits — Justice fondamentale — Portée excessive — Forces armées — Infractions militaires — La Loi sur la défense nationale permet d'engager dans le cadre du système de justice militaire des poursuites visant des infractions fédérales contre quiconque est assujéti au code de discipline militaire sans égard aux circonstances de la perpétration de ces infractions — Les dispositions litigieuses de la Loi sur la défense nationale ont-elles une portée excessive par rapport à ce qui est nécessaire à la réalisation de leur objet et violent-elles l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, est-ce que cette violation est justifiable suivant l'article premier de la Charte? — Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, c. N-5, art. 130(1)a), 117f).

R. C. MORIARITY, 485.

9. Droits linguistiques — Lois et règlements albertains — La Loi linguistique de l'Alberta prévoit que les lois et règlements provinciaux sont édictés, imprimés et publiés en anglais seulement — La Loi linguistique est-elle ultra vires ou sans effet dans la mesure où elle abroge une obligation constitutionnelle de l'Alberta d'édicter, d'imprimer et de publier ses lois et ses règlements en français et en anglais? — Sens de « droits acquis » dans l'Adresse de 1867 à la Reine sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest — Loi linguistique, R.S.A. 2000, c. L-6 — Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest (1870) (R.-U.) (reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 9), céd. A, B.

CARON C. ALBERTA, 511.

10. Charte des droits — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Portée excessive — Passage de clandestins — Migrants demandant l'asile au Canada accusés de l'infraction

DROIT CONSTITUTIONNEL — (Fin)

d'avoir organisé l'entrée au Canada de personnes non munies de documents valides ou d'avoir incité, aidé ou encouragé de telles personnes à entrer au Canada — Le juge du procès a conclu que la disposition créant l'infraction avait une portée excessive et était donc inconstitutionnelle parce qu'elle criminalisait non seulement le passage organisé de clandestins, mais également le fait d'aider un proche parent à entrer au Canada ainsi que le fait de fournir de l'aide humanitaire à des demandeurs d'asile — La disposition créant l'infraction viole-t-elle l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation peut-elle être justifiée au regard de l'article premier de la Charte? — Si elle ne peut l'être, quelle est la réparation convenable à l'égard de l'inconstitutionnalité? — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27, art. 117.

R. C. APPULONAPPA, 754.

DROIT CRIMINEL

1. Agression sexuelle — Preuve — Conclusion justifiée de la part de la Cour d'appel portant que le verdict du juge du procès était raisonnable et appuyé par la preuve.

R. C. M.J.B., 321.

2. Jurés — Délibérations — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré et de tentative de meurtre — Conclusion erronée de la majorité de la Cour d'appel portant que l'omission du juge du procès d'obtenir des précisions sur la question du jury relativement à l'intention n'avait pas entraîné d'erreur — Verdicts écartés et nouveau procès ordonné.

R. C. NEVILLE, 323.

3. Preuve — Appréciation — Accusé déclaré coupable d'importation d'une drogue désignée et de possession de cette substance en vue d'en faire le trafic — Erreur commise par le juge du procès dans la qualification de la défense invoquée par l'accusé et dans l'appréciation du témoignage et de la crédibilité de ce dernier — Erreurs ayant privé l'accusé d'un procès équitable et entraîné une erreur judiciaire.

R. C. RIAR, 325.

4. Conduite dangereuse — Éléments de l'infraction — Mens rea — Accusée acquittée par le juge du procès de deux chefs de conduite dangereuse ayant causé la mort au motif que l'élément de l'infraction constituant la mens rea

DROIT CRIMINEL — (Fin)

n'avait pas été prouvé hors de tout doute raisonnable — Absence d'examen adéquat par le juge du procès du comportement de l'accusée eu égard à l'ensemble de la preuve pertinente afin de déterminer si ce comportement constituait un écart marqué par rapport à la norme de diligence requise.

R. C. HECIMOVIC, 483.

5. Procès — Exposé au jury — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — Sens de l'expression homicide involontaire coupable non expliqué au jury — Arrêt de la Cour d'appel concluant à l'existence d'erreurs dans les directives de la juge de première instance et ordonnant un nouveau procès — Cour d'appel appliquant à juste titre la disposition réparatrice — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(1)b(iii).

R. C. MCKENNA, 1087.

6. Détermination de la peine — Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Peine d'emprisonnement de six ans et demi réduite à quatre ans en appel — La Cour d'appel a-t-elle erré en substituant la peine qu'elle jugeait appropriée à celle infligée par le juge de première instance, principalement au motif que celui-ci se serait écarté de la fourchette de peines établie par les tribunaux en matière d'infractions de conduite avec les capacités affaiblies? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 687.

R. C. LACASSE, 1089.

7. Détermination de la peine — Facteurs devant être pris en considération — Conduite avec les capacités affaiblies ayant causé la mort — Le juge de première instance pouvait-il considérer la fréquence de la conduite avec les capacités affaiblies dans la région où l'infraction a été commise en tant que facteur pertinent dans la détermination de la peine? — La durée et les autres modalités de l'interdiction de conduire imposée par le juge de première instance étaient-elles appropriées? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 259(2)a.1), 718 à 718.2.

R. C. LACASSE, 1089.

8. Infractions — Éléments de l'infraction — Tricherie au jeu — Fraude — Tentative par l'accusé de truquer des courses de chevaux en droguant des chevaux — Une course de chevaux constituait-elle un jeu pour ce qui est de l'infraction de tricherie au jeu? — La conduite de l'accusé constituait-elle de la tricherie au jeu ou de la fraude? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 197(1) « jeu », 209, 380(1).

R. C. RIESBERRY, 1167.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Jugements étrangers — Reconnaissance — Exécution — Demande de reconnaissance et d'exécution d'un jugement étranger présentée en Ontario par le créancier judiciaire à l'encontre du débiteur judiciaire américain et de sa filiale canadienne indirecte au septième degré — Signification ex juris de la demande au siège social du débiteur judiciaire aux États-Unis — Demande signifiée à la filiale à son établissement commercial en Ontario — L'établissement de la compétence du tribunal exige-t-il l'existence d'un lien réel et substantiel entre le défendeur ou le litige et l'Ontario? — Les tribunaux ontariens ont-ils compétence à l'égard de la filiale d'un débiteur en vertu d'un jugement étranger alors que cette filiale est une tierce partie au jugement dont on demande la reconnaissance et l'exécution?

CHEVRON CORP. C. YAIGUAJE, 69.

EXTRADITION

1. Arrêté d'extradition — Contrôle judiciaire — La Loi sur l'extradition dispose que le ministre de la Justice refuse d'ordonner l'extradition lorsque la mesure serait injuste ou tyrannique compte tenu de toutes les circonstances pertinentes — Ordonnance du ministre à l'effet d'extrader la mère vers les É.-U. pour qu'elle y réponde à des accusations d'enlèvement d'enfants — Le ministre a-t-il pris dûment en compte le fait que la défense de nécessité existait en droit canadien mais non dans l'État requérant? — A-t-il dûment pris en compte l'effet de l'extradition sur l'intérêt supérieur des enfants? — Sa décision d'ordonner l'extradition était-elle raisonnable? — Loi sur l'extradition, L.C. 1999, c. 18, art. 44(1)a.

M.M. C. ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, 973.

2. Audiences relatives à l'incarcération — Preuve — Rôle du juge d'extradition — Critère applicable à l'incarcération — Principe de la double incrimination — Mère de trois enfants s'exposant à des accusations d'enlèvement d'enfants aux É.-U. — La juge d'extradition a-t-elle appliqué les bons principes quant à la double incrimination et à son propre rôle dans l'appréciation de la fiabilité et du caractère suffisant de la preuve? — Un juge d'extradition devrait-il considérer la preuve d'éventuels moyens de défense et d'autres éléments disculpatoires pour décider s'il y a lieu ou non d'ordonner l'incarcération en vue de l'extradition? — La preuve justifiait-elle l'incarcération de la mère? — Loi sur l'extradition, L.C. 1999, c. 18, art. 3(1), 29(1)a.

M.M. C. ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, 973.

IMMIGRATION

1. Interdiction de territoire et renvoi — Criminalité organisée — Passage de clandestins — Aide fournie par des migrants à des demandeurs d'asile pour entrer illégalement au Canada alors qu'ils tentaient collectivement d'y trouver refuge — Migrants revendiquant le statut de réfugié au Canada mais jugés interdits de territoire pour passage criminel organisé de clandestins — Quelle conduite empêche une personne de revendiquer le statut de réfugié pour s'être livrée au passage de clandestins? — Le fait de se livrer au passage de clandestins dans le cadre de la criminalité transnationale se limite-t-il aux activités menées afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel? — Quelles limites peuvent être inférées de la disposition qui a pour effet d'interdire de territoire une personne pour criminalité organisée? — Quel est l'effet de l'exigence que le passage de clandestins se fasse dans le cadre de la criminalité transnationale? — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27, art. 37(1)b).

B010 C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION), 704.

2. Infractions — Passage de clandestins — Migrants demandant l'asile au Canada accusés de l'infraction d'avoir organisé l'entrée au Canada de personnes non munies de documents valides ou d'avoir incité, aidé ou encouragé de telles personnes à entrer au Canada — La disposition créant l'infraction est-elle inconstitutionnelle? — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27, art. 117.

R. C. APPULONAPPA, 754.

3. Contrôle judiciaire — Demande d'asile — Considérations d'ordre humanitaire — Intérêt supérieur de l'enfant — Sollicitation d'une dispense pour considérations d'ordre humanitaire par un demandeur d'asile sri-lankais de 17 ans afin de présenter au Canada une demande de résidence permanente — La décision de refuser la dispense résultait-elle d'un exercice raisonnable du pouvoir discrétionnaire fondé sur des considérations d'ordre humanitaire? — Portée véritable des Lignes directrices qu'utilisent les agents d'immigration pour déterminer si des considérations d'ordre humanitaire justifient ou non une dispense — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27, art. 25(1).

KANTHASAMY C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION), 909.

PRIVILÈGES

Fiducies — Rapport entre les dispositions relatives aux privilèges et celles relatives aux obligations fiduciaires dans une loi provinciale — Est-ce que l'entrepreneur qui a déposé un cautionnement au tribunal afin d'annuler le privilège d'un constructeur s'est acquitté de ses obligations fiduciaires envers les sous-traitants qui ont enregistré des privilèges à l'égard du bien-fonds ayant fait l'objet de travaux de construction? — Loi sur le privilège du constructeur, C.P.L.M., c. B91, art. 4(1), (3), 55(2), 66.

STUART OLSON DOMINION CONSTRUCTION LTD. C. STRUCTAL HEAVY STEEL, 127.

PROCÉDURE CIVILE

Recours collectifs — Procédure constituant le meilleur moyen — Dommages intérêts réclamés par les demandeurs dans trois recours collectifs pour délit de déclaration inexacte faite par négligence en common law et sur le fondement de la cause d'action pour présentation inexacte des faits sur le marché secondaire — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que cinq des sept questions communes relatives à une réclamation pour déclaration inexacte en common law devaient être autorisées?

BANQUE CANADIENNE IMPÉRIALE DE COMMERCE C. GREEN, 801.

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

1. Droit d'auteur — Licences — Sociétés de gestion collective — SODRAC assurant la gestion des droits de reproduction en tant que société de gestion collective — Demande de la SODRAC de fixer pour les années 2008 à 2012 les modalités d'une licence de reproduction, par la SRC, d'œuvres musicales contenues dans le répertoire de la SODRAC — Copies de synchronisation éphémères, incluant des œuvres musicales, créées par la SRC en tant que producteur, et copies accessoires de diffusion éphémères, incluant des œuvres musicales, créées par la SRC en tant que diffuseur — Copies de synchronisation créées en cours de production assujetties à une licence — Les copies accessoires de diffusion mettent-elles en jeu le droit de reproduction? — Si oui, y a-t-il lieu d'inférer des licences de synchronisation

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE — (Fin)

l'existence de licences autorisant la confection de copies accessoires de diffusion? — Si une licence de reproduction est requise pour les copies accessoires de diffusion, la Commission a-t-elle commis une erreur en fixant la valeur de cette licence? — La Commission a-t-elle appliqué correctement les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 3(1d).

SOCIÉTÉ RADIO-CANADA C. SODRAC 2003 INC., 615.

2. Droit d'auteur — Licences provisoires — Sociétés de gestion collective — Décision de la Commission fixant les modalités d'une licence rendue après l'expiration de la licence — Modalités de la licence provisoire fixées par la Commission en fonction du statu quo — Statu quo fondé sur la licence 2008-2012 — La Commission a-t-elle commis une erreur dans la formulation des modalités afférentes à la licence provisoire? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 66.51.

SOCIÉTÉ RADIO-CANADA C. SODRAC 2003 INC., 615.

SERVICES PUBLICS

1. Électricité — Décision d'un organisme de réglementation des services publics relativement à l'établissement de tarifs — Demande d'un service public en vue d'obtenir le recouvrement de dépenses de rémunération faites ou convenues grâce aux tarifs établis par la Commission de l'énergie de l'Ontario — La Commission avait-elle l'obligation d'employer une méthode particulière axée sur la prudence pour apprécier les dépenses du service public? — Le refus de la Commission d'approuver 145 millions de dollars au titre des dépenses de rémunération liées aux installations nucléaires du service public était-il raisonnable? — Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario, L.O. 1998, c. 15, ann. B, art. 78.1(5), (6).

ONTARIO (COMMISSION DE L'ÉNERGIE) C. ONTARIO POWER GENERATION INC., 147.

2. Gaz — Électricité — Décision d'un organisme de réglementation des services publics relativement à l'établissement des tarifs — Demande de services publics en vue de recouvrer certaines charges de retraite grâce aux tarifs établis par l'Alberta Utilities Commission — Le régime réglementaire impose-t-il une méthode en particulier pour apprécier

SERVICES PUBLICS — (Fin)

le caractère prudent des dépenses? — L'interprétation par la Commission de son pouvoir en matière d'établissement des tarifs et l'exercice de ce pouvoir étaient-ils raisonnables? — Electric Utilities Act, S.A. 2003, c. E-5.1, art. 102, 121, 122 — Gas Utilities Act, R.S.A. 2000, c. G-5, art. 36.

ATCO GAS AND PIPELINES LTD. C. ALBERTA (UTILITIES COMMISSION), 219.

VALEURS MOBILIÈRES

Recours collectifs — Prescription — Action prévue par la loi pour présentation inexacte des faits sur le marché secondaire — Suspension du délai de prescription — Dommages intérêts réclamés par les demandeurs dans trois recours collectifs pour délit de déclaration inexacte faite par négligence en common law et sur le fondement de la cause d'action pour présentation inexacte des faits sur le marché secondaire en vertu de l'art. 138.3 de la Loi sur les valeurs mobilières — Autorisation requise par l'art. 138.8 de la Loi sur les valeurs mobilières pour intenter l'action prévue par la loi — Délai de prescription pour intenter l'action échu avant que l'autorisation ne soit accordée — L'article 28 de la Loi de 1992 sur les recours collectifs a-t-il pour effet de suspendre le délai de prescription applicable à l'action prévue par la loi avant que l'autorisation d'intenter celle-ci ne soit accordée? — L'action prévue par la loi est-elle prescrite? — Si oui, peut-elle être sauvegardée par une ordonnance accordant l'autorisation nunc pro tunc ou par la doctrine des circonstances particulières? — Le critère préliminaire de la possibilité raisonnable d'avoir gain de cause s'applique-t-il à la demande d'autorisation d'intenter une action en vertu de l'art. 138.3 de la Loi sur les valeurs mobilières? — Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, c. 6, art. 28 — Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O. 1990, c. S.5, art. 138.3, 138.8, 138.14.

BANQUE CANADIENNE IMPÉRIALE DE COMMERCE C. GREEN, 801.

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-rcs@scc-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rcs@scc-csc.ca